



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 75 • jul.-dez. / 2013

COORDENAÇÃO EDITORIAL

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); Francisco José Rezende dos Santos (MG).

CONSELHO FISCAL

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

CONSELHO DE ÉTICA

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

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 75 • jul.-dez. / 2013

Coordenação Editorial

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.

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 75 • jul.-dez. / 2013

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

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.

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

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Responsável

GISELLE TAPAI

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

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

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

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

Visite nosso site
www.rt.com.br
Impresso no Brasil: [11-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [30.10.2013]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



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

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

Vice-Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)

Secretário-Geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

1.º Secretário: Ary José de Lima (SP)

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

1.º Tesoureiro: Sérgio Busso (SP)

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

CONSELHO DELIBERATIVO

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

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 75 • jul.-dez. / 2013

Diretora Responsável

GISELLE TAPAI

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Equipe de Produção Editorial

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Documentais: Emine Kizahy Barakat, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial

LUIZ CARLOS DE SOUZA AURICCHIO

Analistas Documentais: Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Juliana Teles Fontes, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Assistente Editorial: Maurício Zednik Cassim

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa

RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Antonia Pereira e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

APRESENTAÇÃO

Chegamos ao final de um ano especial para a *Revista de Direito Imobiliário* que volta a contar com os ensinamentos do Doutor Sérgio Jacomino, os temas abordados pelo culto registrador são atuais e pertinentes para o futuro do Registro de Imóveis, principalmente no que se refere ao registro eletrônico que após a instituição do fólio real (matrícula) com a vigência da Lei de Registros Públicos em 1976, configura indubitavelmente na transição mais importante do instituto. O registro eletrônico, no entanto, deve se traduzir num melhor aproveitamento dos dados e simplificação das rotinas, visando à prestação de um serviço célere e objetivo para os usuários, lembrando ainda que embora as ferramentas disponíveis estejam se renovando, é preciso que o registrador imobiliário não olvide de sua função primordial que é garantia do direito de propriedade e referidos avanços devem refletir na segurança jurídica esperada pelo mercado imobiliário.

Outro destaque da revista é o trabalho do Doutor Luciano Lopes Passarelli que, de forma ousada e intrigante, trata da independência e autonomia do “Direito Registral Imobiliário”. Existe uma comunicação entre os subsistemas do direito civil muito interessante e, por vezes, conflitiva, quando estamos estudando o direito de propriedade e sua publicidade registral, e este ponto foi cuidado de forma talentosa pelo autor. O contrato transcende a autonomia privada e recebe nova roupagem comunicativa quando produz publicidade registral e gera uma aparência que é conhecida *erga omnes*, recebe confiança e, por conseguinte, opera na boa-fé de potenciais adquirentes.

Melhim Namem Chalhub também retorna às páginas da revista analisando aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis nas incorporações imobiliárias. A Doutora Mônica Jardim apresenta uma perspectiva lusitana do sistema registral espanhol e seus efeitos substantivos, estudo este desenvolvido com uma clareza acadêmica perfeita para a compreensão dos diversos sistemas registrais do mundo.

No estudo apresentado por Alexandre Augusto de Paiva Barreiros, a função ambiental do Registro de Imóveis volta a ser estudada, de forma que sua estrutura é mais uma vez reconhecida como útil e adequada para publicizar informações ambientais, merecendo um melhor cuidado na condução da política ambiental no Brasil. Importante destacar a visão do autor em aplicar o panoptismo com relação à publicidade registral ambiental, sendo a matrícula um centro de referência para vigilância e autovigilância.

Enfim, apresento aos estudiosos do direito civil uma coletânea de artigos científicos e práticos de muita qualidade, honrando a tradição da *Revista de Direito Imobiliário* e que, certamente, irão gerar frutos para a continuidade da evolução e discussão do registro imobiliário.

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
Coordenador Editorial

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
REGISTRO DE IMÓVEIS	
Da autonomia do direito registral imobiliário LUCIANO LOPES PASSARELLI.....	15
Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão SÉRGIO JACOMINO	75
A publicidade registral <i>versus</i> a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil JÉVERSON LUÍS BOTTEGA	97
INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E CONDOMÍNIO EDÍLIO	
Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos MARCOS MELLO FERREIRA PINTO	141
Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis MELHIM NEMEM CHALHUB.....	167
MEIO AMBIENTE E REGISTRO DE IMÓVEIS	
Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental ALEXANDRE AUGUSTO DE PAIVA BARREIROS	201
DOCTRINA INTERNACIONAL	
O sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa MÓNICA JARDIM.....	221

TRABALHOS FORENSES

Dúvida inversa	
Izaías Gomes Ferro Júnior.....	277
Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria- -Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339)	
Sérgio Jacomino	289

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA E ANOTADA

Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

• PARTILHA – União estável – Presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes – Bens adquiridos anteriormente à vigência da Lei 9.278/1996	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	327
• REGISTRO DE IMÓVEIS – Usucapião – Imóvel rural – Identificação georreferenciada da propriedade mediante apresentação de memorial descritivo	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	379
• DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – Cônjuge supérstite – Herdeiros que pretendem a dissolução do condomínio pela alienação do imóvel	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	384
• INVENTÁRIO – Partilha – Viúva que pretende dispor de sua meação em favor dos herdeiros, por termo nos autos do arrolamento de bens	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	403

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

• REGISTRO DE IMÓVEIS – Doação – Loteador que concede viela particular a município, sem anuência do adquirente de lote atingido	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	409
• REGISTRO DE IMÓVEIS – Inscrição de desmembramento – Certidão de distribuição cível que comprova a existência de diversas ações pessoais em curso contra o anterior proprietário do lote	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	412

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

• OBRIGAÇÃO DE FAZER – Outorga de escritura pública definitiva de imóvel – Pretensão que recai sobre residência construída em área verde de propriedade de município	
Comentário por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari	417

CORREGEDORIA–GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

- REGISTRO DE IMÓVEIS – Arrolamento de bens previsto no art. 64, da Lei 9.532/1997, que não caracteriza ônus

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 421

DECISÕES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

- INTIMAÇÃO – Solidariedade passiva – Execução extrajudicial – Garantia fiduciária sobre imóvel – Dívida solidária que dispensa a notificação de todos os responsáveis pelo débito
- EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – Garantia fiduciária sobre imóvel – Mora – Credor que apresenta demonstrativo de débito sem projeção de encargos para o futuro

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 425

- USUCAPIÃO – Imóvel situado em área de proteção ambiental e com área inferior ao mínimo exigido por lei estadual

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 432

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO 437

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORMAL INÉDITA..... 445

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying sizes. A fine grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant, where it overlaps with the circular shapes.

Registro de Imóveis



DA AUTONOMIA DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

LUCIANO LOPES PASSARELLI

Doutor e Mestre em Direito Civil – PUC-SP. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Batatais/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Neste trabalho investigamos se já é possível afirmar a independência e autonomia do "Direito Registral Imobiliário", qual sua definição, objeto e fins.

PALAVRAS-CHAVE: Direito registral imobiliário – Autonomia.

ABSTRACT: In this work we investigate whether it is already possible to state the independence and autonomy of the "registral state right", which its definition, object and purposes.

KEYWORDS: Registral state right – Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Existe um "direito registral imobiliário"? – 2. A denominação "direito registral imobiliário": 2.1 Direito registral; 2.2 Direito do registro da propriedade; 2.3 Direito imobiliário; 2.4 Direito hipotecário; 2.5 Direito registral imobiliário – 3. O objeto do estudo, método, conceito e definição do direito registral imobiliário – 4. Natureza jurídica do direito registral imobiliário: 4.1 Direito público ou direito privado?; 4.2 Direito administrativo? – 5. Domínio do direito registral imobiliário – 6. Direito registral imobiliário "regional" ou "nacional"? – 7. Os fins do direito registral imobiliário – 8. Relação do direito registral imobiliário com outros ramos do direito: 8.1 Direito constitucional; 8.2 Direito administrativo; 8.3 Direito civil; 8.4 Direito urbanístico; 8.5 Direito ambiental; 8.6 Direito econômico; 8.7 Direito financeiro; 8.8 Direito tributário; 8.9 Direito notarial; 8.10 Direito penal; 8.11 Direito processual; 8.12 Direito agrário; 8.13 Direito internacional privado – 9. O ensino superior do direito registral – 10. O futuro: o Estatuto da Propriedade Imobiliária Privada – 11. Referências bibliográficas.

"Mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende."

Guimarães Rosa

1. EXISTE UM "DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO"?¹

Antonio Pau Pedrón, em seu prefácio à obra Jose Maria Chico Y Ortiz, "Estudios sobre Derecho Hipotecario",² nos diz que o registro da propriedade

-
1. Comecei a meditar neste tema, brevemente, na minha tese de doutoramento, junto à puc-sp, e aqui dou continuidade a esses estudos, aprofundando-os.
 2. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons, 1989. vol. 1.

tem todos os elementos para caracterizá-lo como um *aion*³ da cultura jurídica universal, porque o registro da propriedade, em seu sentido amplo de atribuir a cada um o que é seu e publicizar as relações jurídicas imobiliárias, é uma “constante histórica”. É uma categoria ideal, que se manifesta através dos tempos, em suas sucessivas e variadas contingências.

Como toda força vital do Direito, ou elemento mesmo inseparável da historicidade jurídica, é claro que o registro (*rectius*: publicidade imobiliária), sempre esteve e permanece em luta histórica com seus contrários: os ônus ocultos, os privilégios, a insegurança jurídica etc.

Por isso, é até de se estranhar que este ramo do Direito sempre tenha sido tratado como um mero apêndice do Direito Civil, no máximo uma “parte diferenciada do Direito das Coisas”,⁴ ainda que tenha se desenvolvido muito em outros países, como a Espanha.⁵

Como surge um ramo do direito? Por que a partir de um determinado ponto um certo conjunto de normas passa a ser tratado de forma autônoma?

Vicente Ráo explica esse fenômeno a partir da ideia de “instituto jurídico”. O saudoso professor da USP aponta que as normas jurídicas não são criadas ao acaso, ou meramente aglomeradas desordenadamente, mas que “um nexos as une e coordena em direção a um fim comum, transformando-as em um todo lógico”.⁶

E assevera: “o conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam regular, constituem o *instituto jurídico*”⁷ (grifo do original).

Prosegue explicando que o “instituto jurídico” é, então, um conjunto de regras que se penetram reciprocamente, e acabam por formar um todo orgânico. Exemplifica com o casamento. O conjunto de todas as normas que regulamentam o matrimônio formam o instituto jurídico chamado “casamento”.

E se o conjunto de regras forma um instituto jurídico, o conjunto de institutos jurídicos também se coordena e acaba formando um ramo específico do

3. Palavra grega que transmite a ideia de “força vital”. É dizer: o registro da propriedade é uma daquelas forças vitais que permeia toda a Cultura Jurídica ou a própria ideia de “Direito”.

4. *Idem*, p. 20.

5. Sob a rubrica histórica de “derecho hipotecário”.

6. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 228.

7. *Idem*, *ibidem*.

direito. Aproveitando o exemplo do professor citado, os institutos do casamento, da união estável, dos regimes de bens etc., se coordenam e acabam sendo identificados como um grande conjunto chamado de “direito de família”.

É exatamente o que ele diz, terminando por afirmar que “se as regras de direito se incorporam em *institutos jurídicos*, por sua vez e em razão das mesmas causas, os institutos jurídicos, segundo sua natureza, também se agrupam e formam o conteúdo de cada ramo do direito”.⁸

E é precisamente nessa esteira (um agrupamento de institutos jurídicos), que José Luis Lacruz Berdejo define o direito registral imobiliário como “un conjunto de normas civiles, administrativas y procesales concurrentes sobre un mismo objeto”.⁹

E que objeto seria esse? O autor invoca o magistério do jurista alemão Hedemann, segundo o qual é a “adquisición y eficacia de las posiciones registrales”.¹⁰

Acrescenta Américo Atilio Cornejo que “es la publicidad de ciertos hechos y actos para dar seguridad a relaciones nascidas extrarregistralmente. La razón de ser del derecho registral inmobiliario es el de ser un instrumento de seguridad”.¹¹

Dessa afirmação extraímos a natureza eminentemente instrumental do registro imobiliário.

Esse objeto abrange a organização e funcionamento do Registro da Propriedade Imóvel, os procedimentos registrais e todos os efeitos materiais e processuais daí decorrentes, sendo, portanto um conceito bastante amplo.

Temos que foi feliz a definição acima referida, porque de fato o direito registral congrega, agrupa, normas de várias áreas do direito, notadamente o direito civil e o direito administrativo, mas também de direito constitucional, tributário, agrário, ambiental, urbanístico, processual etc. e tem também suas normas que lhe são próprias, consubstanciadas principalmente na Lei 6.015/1973 e na Lei 8.935/1994, mas há disposições de direito registral espalhadas por diversas leis.

Assim, o que chamamos de “direito do trabalho” nada mais é do que uma reunião de normas, não apenas as mais identificáveis como “trabalhistas”, mas

8. Idem, p. 229.

9. BERDEJO, José Luis Lacruz et alii. *Derecho inmobiliario registral*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003. p. 11.

10. Idem, ibidem.

11. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 16.

também de direito civil, penal, administrativo, processual etc., que têm por objeto ou se aplicam mediata ou imediatamente sobre as relações de trabalho.

E é da mesma maneira que identificamos o conjunto chamado “direito registral”, por essa unidade de objeto.

Essa unidade de objeto ainda nos oferece uma notável autonomia didática e expositiva. A autonomia do direito registral imobiliário em face de outros ramos do direito se percebe em razão do caráter específico das normas que lhe são próprias, a começar da manifesta peculiaridade da natureza jurídica dos registradores que, inobstante não sejam funcionários públicos, integram *lato sensu* o Poder Judiciário, na qualidade de auxiliares,¹² e são dotados de fé pública, e seus atos possuem os predicados da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia.¹³

Além disso, como já apontado acima, possui um sistema de regras jurídicas que lhe são próprias, como são as que regulam a prenotação, a inscrição propriamente dita, seus efeitos, os livros do registro, as dúvidas registrais, as retificações etc., que podemos chamar, sem nenhum constrangimento, de leis ou normas “registrarias”, ou “registrais imobiliárias”.

E é a existência dessas regras que nos permite então afirmar a existência e autonomia do “direito registral imobiliário”. Conforme aponta José Afonso da Silva:

“(...) a experiência mostra que primeiramente vão surgindo normas disciplinadoras de uma realidade em desenvolvimento e, se essa normatividade específica se amplia, logo começam os doutrinadores a preocupar-se com ela, especulando a seu respeito com base em princípios gerais da ciência jurídica, na busca da sistematização do material existente e – então sim – passam a oferecer as soluções possíveis para os diversos problemas que se apresentam.”¹⁴

O fato é que, como lembra Aurora Tomazini de Carvalho, a realidade jurídica é complexa e, “para melhor conhecê-la, o cientista pode retalhar a linguagem jurídica em diversos segmentos tendo em conta um fator comum, aprofundando sua análise em cada um deles. Deste modo, formam-se os denominados ramos da Ciência do Direito”, prosseguindo a mesma autora asseverando que “cada um destes ramos consubstancia-se num recorte metodológico sobre a linguagem jurídica, efetuado com o objetivo de reduzir suas complexidades,

12. Sobre isso falarei mais adiante.

13. Art. 1.º da Lei 8.935/1994.

14. SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.

para aumentar a especificidade cognoscitiva sobre o direito como um todo. Temos, assim, a formação das Ciências Específicas do Direito”.¹⁵

Pensando nas lições de Amauri Mascaró Nascimento,¹⁶ verificamos que ele propõe quatro critérios para afirmar a autonomia de determinado ramo do direito: o primeiro é o da *autonomia legislativa*. Quanto a este, o direito registral imobiliário parece bem posicionado, já que, conforme apontamos, além da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), há vasto arcabouço legislativo que trata do tema sob análise.

O professor juslaboralista prossegue propondo o critério da *autonomia doutrinária* verificada pela existência de princípios próprios e produção bibliográfica.

No que pertine aos princípios do direito registral imobiliário, inegável que já se encontram bem assentados e serão objeto de capítulo à parte na sequência deste trabalho.

Quanto à produção bibliográfica, de fato deve-se apontar que ela ainda é incipiente em nosso País. Contudo, a produção doutrinária na área vem aumentando significativamente e, ademais, devemos lembrar que é profícua a produção doutrinária no exterior.

Amauri Mascaró Nascimento refere-se também a uma *autonomia didática*, verificada por uma metodologia própria de ensino e pela existência de cadeira universitária.

Malgrado ressinta-se ainda de pouca produção bibliográfica e de uma teoria geral, o que acaba refletindo na metodologia própria de ensino, já é possível afirmar que estão se delineando tais métodos, o que não deixa de ser inclusive um dos objetos deste trabalho. Quanto à cadeira universitária, já é absolutamente comum a existência de cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Na graduação, malgrado a importância do direito registral imobiliário, e também do direito notarial, infelizmente ainda não há notícias da instalação dessa cadeira, nem mesmo como matéria optativa, o que deveria, ao nosso sentir, ser revisto urgentemente, já que os formandos saem das faculdades normalmente sem a mínima noção do funcionamento do sistema notarial e registral.

15. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2013. p. 55.

16. NASCIMENTO, Amauri Mascaró. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

Um sinal alvissareiro foi a realização de concurso público pela Unesp para contratação de um professor de “direito notarial” em regime de dedicação exclusiva.¹⁷

Por fim, o autor sob comento refere-se à *autonomia jurisdicional*. Aqui cabe refletir que poucos ramos do direito têm tal autonomia, caracterizada pela existência de jurisdição especial. O direito do trabalho, área de atuação do Prof. Amauri Mascaro Nascimento, o tem, mas não há que se imaginar que deva existir uma jurisdição especializada para cada área do direito para que ela caracterize-se como autônoma.

No entanto, o direito registral e notarial pode afirmar que possui essa autonomia, pela existência de *Varas de Registros Públicos*, ao menos nas grandes capitais. Além disso, mesmo considerando que se trata de atuação *judicial-administrativa* ou anômala do Poder Judiciário, em todas as comarcas existe a *Vara da Corregedoria Permanente* e um *Juiz Corregedor Permanente*, além, é claro, da *Corregedoria Geral da Justiça* de cada Estado-membro.

Todos esses órgãos judiciais constituem, em grande medida, uma “justiça especializada”, ainda que, por óbvio, trate-se de atuação judicial-administrativa.

Por tudo quanto exposto, cremos que podemos afirmar, sem necessidade de realizar nenhum malabarismo exegético, que o direito registral imobiliário já detém autonomia como mais um ramo do direito, assinalando Ricardo Dip que o “direito imobiliário registral é um conjunto heterogêneo de normas. Isso bastaria, pensamos, a justificar-lhe um tratamento legislativo, científico e didático autônomo”.¹⁸

Acrescento ainda a lição de José Maria Chico Y Ortiz, no sentido de que “si se predican autonomias del derecho agrário, industrial, laboral, urbanístico, etc., carentes, la mayor parte de ellos, de principios jurídicos, con maior razón debe sostenerse la autonomía de este Derecho estructurado sobre un conjunto de principios de carácter institucional”.¹⁹

Álvaro Melo Filho afirma, quanto a isso, o seguinte:

“(…) De outra parte, a afirmação da existência de uma nova disciplina jurídica suscita, sempre, perplexidades e críticas, à falta de qualquer critério objetivo para considerá-la autônoma. Contudo, desde o momento que, em derredor do registro imobiliário, gravita um corpo de regras jurídicas das mais diversas

17. Edital em: [www.marilia.unesp.br/Home/Instituicao/Concursos/pdfs/edital2009-225.pdf]. Acesso em: 02.02.2013.

18. DIP, Ricardo. Do conceito de direito imobiliário registral. *RDI* 27/53 .

19. ORTIZ, José Maria Chico Y. Op. cit., p. 20.

hierarquias que lhe são dirigidas, com normas e princípios próprios e soluções jurídicas diferenciadas, não há como negar a autonomia do direito registral imobiliário. Demais disso, com seus instrumentos e ordenamento jurídico singulares, constitui-se num domínio distinto, isolável e compartimentável no universo jurídico. Nesse passo, deixá-lo à margem dos currículos jurídicos é obstaculizar respostas a novas exigências de formação jurídico-profissional onde avulta e sobressai-se o direito registral imobiliário.”²⁰

Apesar de ainda incipiente, o mesmo autor aponta que já há sim significativa produção legislativa, uma crescente jurisprudência tratando desse tema e de seus correlatos, além de produção doutrinária, com um número já considerável de livros, congressos nacionais e internacionais, sites específicos na Internet, publicações periódicas etc. Já começam a surgir também trabalhos acadêmicos, em sede de mestrado e doutoramento.

2. A DENOMINAÇÃO “DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO”

As designações da nossa matéria são objeto de muita controvérsia doutrinária, apontando Angel Cristóbal Montes que “os autores encontram-se profundamente divididos com respeito ao nome específico que se deve dar à nossa disciplina”.²¹

Mas ele também lembra que o emprego de um outro designativo não costuma ter relevância real sobre a estruturação, âmbito e conteúdo da matéria.

Vejamos abaixo algumas das denominações mais referidas na doutrina e, ao final, a nossa opção.

2.1 *Direito registral*

Fernando Fueyo Laneri, em sua obra *Teoria general de los registros*, apregoa que o “direito registral” refere-se ao “direito dos registros” em sentido amplo, e não apenas a um determinado ramo, como um direito registral “imobiliário”. Com esta visão ampliada a todo e qualquer registro público, esse autor nos oferece o seguinte conceito:

“(…) El conjunto de principios y normas que tienen por objeto reglar: los organismos estatales encargados de registrar personas, hechos, actos, docu-

20. MELO FILHO, Álvaro. Direito registral imobiliário: enfoque jus-pedagógico. *RDI* 59.

21. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 26.

mentos o derechos; así como también la forma cómo han de practicarse tales registraciones; e los efectos y consecuencias jurídicas que derivan de éstas.”²²

No mesmo sentido, diz-nos Gabriel B. Ventura:

“(…) Derecho registral es la rama del Derecho que estudia las normas y principios aplicables a todos los registros jurídicos, abarcando tanto la organización y funcionamiento de los órganos estatales encargados de la toma de razón, como los bienes o actos registrables y respecto de todos los efectos que la registración genere.”²³

Assim, um “direito registral” abrangeria todos os registros jurídicos regulando não só os imóveis, mas, por exemplo, veículos automotores, navios, aeronaves, bens imateriais, pessoas etc.²⁴

No Brasil, com relação a esta tentativa de conceituação, temos que observar que os registros não são necessariamente feitos por “organismos estatais”, já que convivemos com o já conhecido sistema de “delegação” dos serviços notariais e registrais, a teor do art. 236 da CF/1988 .

Sem embargo dos autores citados referirem que o “direito registral” abrange todas as modalidades de registros, não há porque não reconhecer a existência de “ramos” do direito registral, como é o caso do direito registral “imobiliário” e Fernando Fueyo Laneri acaba por admitir isso, ao mencionar a “Carta de Buenos Aires”, lavrada no Primeiro Congresso Internacional de Direito Registral realizado na capital argentina, em 02.12.1972, onde restou consignado que:

“(…) El derecho registral integra el sistema jurídico con normas y principios propios, de derecho público y privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente de la cual el derecho registro inmobiliario es una de sus principales ramas.”²⁵

No entanto, mesmo com a ressalva de que pode-se reconhecer um ramo autônomo do direito registral, no caso o direito registral imobiliário, não nos parece que, do ponto de vista sistematizador e científico da disciplina que estamos estudando, seja esta a melhor opção.

22. LANERI, Fernando Fueyo. *Teoría general de los registros*. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 11.

23. VENTURA, Gabriel B. *Tracto abreviado registral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 28.

24. José Manuel García García é contrário a essa ideia de um “direito registral” amplo, que teria como uma de suas espécies o direito registral imobiliário, e isso em razão deste autor considerar o direito registral imobiliário, na verdade, como um sub-ramo do direito civil (GARCIA, José Manuel García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988. vol. 1. p. 71).

25. LANERI, Fernando Fueyo. Op. cit., p. 12.

Acompanhamos aqui a crítica contundente de José Maria Chico Y Ortiz, que afirma sobre isso o seguinte?

“(...) Creo que he denunciado en diversas ocasiones la peligrosidad de esta denominación que los administrativistas han intentado aprovechar para hablarnos de un ‘Derecho Registral Unitario’, en el que puedan entrar toda la clase de registros, incluidos los administrativos. Este avance espectacular, patrocinado por Montoro Puerto, es indudablemente dislocado, pues no es lo mismo un Registro jurídico que un Registro Administrativo (...) pues los primeros se rigen por la publicidad ‘efecto’, y los segundos por la publicidad ‘noticia’.”²⁶

Noutros termos, os registros administrativos têm em geral, é claro, efeito de publicidade, mas uma publicidade “notícia”, de sorte que o fim do registro esgota-se na própria publicização. Um registro jurídico, como é o Registro de Imóveis, contudo, tem uma publicidade “qualificada”, porque ela surte peculiares efeitos de declaração, constituição, modificação e extinção de direitos depois do controle tanto do seu devido processo legal (aspectos processuais), como também da observância das normas de direito material.

Quer isto significar que quando o Registro Imobiliário dá a conhecer um ato ou negócio jurídico (*rectius*: registra, publica esse ato ou negócio jurídico), neste momento já lhe aderiram os predicados da *legitimação registral* ou da *fé pública registral*, a depender do sistema vigente em cada País.

Em face dessa peculiar natureza jurídica do registro imobiliário, que a nosso ver constitui modalidade de administração pública de interesses privados, o que nos leva a considerá-lo como um registro *jurídico*, encartá-lo em uma sistematização que vá haurir princípios norteadores de uma teoria registral por demais ampla, poderá levar a conclusões hermenêuticas indesejadas ou insuficientes para o atingimento dos fins perseguidos pelo registro imobiliário.

2.2 *Direito do registro da propriedade*

Francisco Javier Sánchez Calero e Blanca Sánchez-Calero Arribas aduzem que a melhor denominação para a matéria sob estudo seria “Registro da Propriedade”.²⁷

A par do autor não especificar que tratamos aqui da propriedade “imobiliária”, e muito embora a propriedade seja, evidentemente, o direito real por

26. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 18.

27. CALERO, FRANCISCO JAVIER-SÁNCHEZ; ARRIBAS, BLANCA SÁNCHEZ-CALERO. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 22.

excelência e sobre o qual todo o resto se estrutura, essa expressão por si só nos parece insuficiente para abranger o largo e variado espectro de atos e negócios jurídicos que hoje são atraídos ao registro imobiliário.

Mas fazemos a afirmação acima em face do sistema normativo vigente no Brasil.

No entanto, e conforme falaremos com mais vagar um pouco mais adiante, cremos que o estágio atual da propriedade imobiliária já está reclamando uma verdadeira quebra de paradigma, para a adoção *de lege ferenda* de um *Estatuto da Propriedade Imobiliária Privada* que sistematize as normas infraconstitucionais de molde a servir de instrumento legal mais efetivo para a concretude da função social da propriedade.

Assim, *de lege ferenda*, podemos imaginar que teremos que voltar a discutir a utilidade dessa denominação para nossa matéria, porque, de fato, como lembra José Maria Chico Y Ortiz ao analisar os estudos sobre esse ponto de Ignacio Casso, o Direito Registral Imobiliário trata de um sistema de “regime registral de direitos sobre coisas”, não sendo então inapropriado referir-se a ele, prossegue o autor, como sendo um “Derecho del Registro de la Propiedad”, ou ainda, um “Registro Jurídico Real”.²⁸

2.3 *Direito imobiliário*

Consideramos esta denominação mais conservadora e por demais apegada ao Direito Civil, o que também temos como inadequado para os avanços que nossa matéria merece e requer.

Primeiro, de se ver que ela parte do clássico dualismo acerca dos bens *móveis* e bens *imóveis*.

Não que esta subdivisão tenha perdido de todo sua utilidade, mas é que, como Angel Cristóbal Montes lembra, por si só, “admitir a existência diferenciada de dois ramos jurídicos em razão da divisão dos bens em móveis e imóveis e constatar, portanto, a existência de um direito imobiliário, não nos faz avançar muito na determinação concreta, na especificação conceitual deste último”.²⁹

No quadro normativo vigente no Brasil, esta denominação seria por demais ampla, e sob esta rubrica teríamos que estudar matérias hoje estranhas ao registro imobiliário, como direitos meramente pessoais e posse, ainda que em ambos os casos existam previsões exceptivas de ingresso no registro.

28. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 17.

29. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 114.

Nos sistemas registrais que adotam uma *causa* para a mutação jurídico-real (um título), a matéria de formação deste título também parece-nos de direito civil em sentido estrito, já que abrange questões como vícios da manifestação da vontade, capacidade civil para esses atos etc.

Mas, novamente, *de lege ferenda*, se vier a lume um *Estatuto da Propriedade Imobiliária Privada*, será necessário repensar também acerca de questões de “direito imobiliário” que ficam alheias ao registro.

Nesse sentido, Angel Cristóbal Montes lembra que, se as formas de publicidade acerca da propriedade imobiliária podem variar muito nos vários ordenamentos jurídicos, bem como seus objetivos, “hoje o certo é que na maioria dos países a publicidade imobiliária tem evoluído para o sistema de fórmula de registro, cristalizando as formas de publicidade dos direitos reais em um regime publicitário que se assenta e tem por base um organismo fundamental e caracterizador: o registro da propriedade ou registro imobiliário”.³⁰

Embora o autor se reporte apenas aos direitos reais, conforme já apontamos há certos direitos pessoais e certas questões possessórias que já podem acessar o registro, o que não deixa de ser indicativo de uma tendência de publicização das situações jurídicas envolvendo imóveis, não apenas por conta do interesse de terceiros particulares (publicidade *erga omnes*), mas também para atender uma série de outras questões que hoje recebem os reflexos da função social da propriedade.

Poderemos pensar, então, em um sistema que desvincule-se da ideia estrita do registro como instrumento de eficácia *erga omnes* apenas.

Talvez, então, chegue o dia em que o direito *imobiliário* se ligue de maneira tão umbilical ao registro, em todos os seus aspectos, que até venha a dispensar a adjetivação “registral”, ou então adotá-la de vez, formando um direito “imobiliário registral”.

Já há vozes autorizadas postulando isso, conforme nos aponta Angel Cristóbal Montes:

“(…) Não se deve estranhar, pois, que os autores mais autorizados busquem a caracterização do Direito Imobiliário mediante a instituição fundamental de que o mesmo se serve para alcançar os seus fins: o registro da propriedade imóvel. Estruturado o sistema de publicidade através do registro, este se converte (ao menos nos regulamentos imobiliários de desenvolvimento mais técnico), em roda ou mecanismo fundamental, de maneira tal que a constituição, modi-

30. *Idem*, p. 121.

ficação e extinção dos direitos reais sobre imóveis, ao entrar em contato com os assentos de registro, dão lugar a uma problemática e a uma normatização jurídica novas e especiais, *levando a que todo o Direito Imobiliário se polarize e gire em torno da publicidade registral*³¹ (grifo nosso).

Daí que, prossegue o mesmo autor, todas as questões relativas à propriedade imobiliária irão se dar através ou mediante o Registro da Propriedade, de sorte que a realidade da propriedade se confundirá como um todo com a realidade do registro. Sendo assim, o direito que regular a propriedade será forçosamente um direito do registro, e o direito imobiliário então será um direito imobiliário “registral”.

2.4 Direito hipotecário

Em outros países, como Espanha e Argentina, temos a expressão “derecho hipotecário”.

Essa expressão vale-se mais da tradição do que da precisão, e está vinculada às origens do Registro de Imóveis que, também no Brasil, esteve inicialmente vinculada à proteção do crédito, especialmente às hipotecas.

Entre nós, nasce o Registro de Imóveis com a Lei 317, de 21.10.1843, denominado justamente “Registro Geral de Hipotecas”.

O registro teve sua primeira grande “expansão” com a Lei 1.237/1864, que atraiu para seus álbuns as transmissões *inter vivos* tanto a título oneroso quanto gratuito, tornando-se aí não um registro geral de hipotecas, mas um registro geral de imóveis.

Trata-se, então, de uma denominação que, no máximo, homenageia as origens primeiras do instrumento técnico da publicidade imobiliária, que é o registro de imóveis.

Mas, enfatize-se, continua sendo usada em vários países, até porque em lugares como Espanha, França, na Prússia (Estado alemão), os registros imobiliários em muitos sentidos são ainda hoje registros assentados sobre a hipoteca.³²

Na Espanha, a lei fundamental regulamentadora da publicidade imobiliária foi intitulada Lei Hipotecária (em 1861), influenciada pela Lei Belga de 1851.

Portanto, é uma denominação ainda bastante prestigiada.

31. *Idem*, p. 122.

32. *Idem*, p. 129.

2.5 Direito registral imobiliário

Se em suas origens primevas cabia-lhe a denominação de “direito hipotecário”, cremos que na atualidade melhor lhe veste a rubrica “direito registral imobiliário”, denominação que nos parece mais completa, averbando Angel Cristóbal Montes, forte no magistério de Lacruz Berdejo, que hoje é necessário “acrescentar à palavra Direito os dois qualificativos, imobiliário e registral, caso se queira delimitar exatamente o objeto específico da disciplina que se está considerando; um só dos qualificativos citados não é suficiente em tal sentido”.³³

Portanto, nossa disciplina trata do Direito que é imobiliário e é registral. A falta de qualquer de um desses adjetivos não a caracterizaria adequadamente.

Lembramos o que já tratamos anteriormente, a respeito de podermos falar em um “direito registral” em sentido amplo, abrangendo as várias espécies de registros públicos, um dos quais é o imobiliário, que, por sua amplitude, já merece o estudo e aplicação de forma autônoma e, ainda, de um “direito imobiliário” já recebendo a adjetivação de direito imobiliário “registral”, pela atração que o registro de imóveis tem tido sobre as questões imobiliárias.

Esse aspecto traz a dúvida: seria melhor falarmos em um direito registral (amplo) “imobiliário”, o que traz a ideia de um sub-ramo do direito registral, ou de um direito imobiliário “registral”, que traz a ideia do direito imobiliário tradicional (civilista) se aproximando do instrumento técnico do registro de imóveis, e por isso recebendo essa adjetivação?

Pelo que fomos capazes de pesquisar, estudar e concluir até o presente momento em nossa vida acadêmica, cremos que esta questão é bizantina, porque na verdade, conforme demonstraremos adiante, essa matéria nem é subgrupo do “direito registral” (em sentido amplo) e nem subgrupo do direito civil (direito imobiliário).

É na verdade uma área do direito autônoma e independente de *per si*, de maneira que ela se relaciona por *coordenação* com o direito registral e com o direito civil, e não por *subordinação*.

Sobre estas duas áreas – direito registral e direito civil – podemos falar em “relação do direito registral imobiliário” com elas, da mesma maneira como o direito registral imobiliário se relaciona com o direito penal, ou com o direito ambiental, ou com o direito tributário.

Por fim, porque a nossa preferência por “Direito registral imobiliário”, e não “Direito imobiliário registral”?

33. Idem, p. 135.

Nossa preferência tem uma razão singela. Toda a sistematização da nossa matéria e, inclusive, as propostas que lançaremos *de lege ferenda*, se estruturam sobre o “Registro de Imóveis”, porque, no dizer de Angel Cristóbal Montes, o direito imobiliário (*rectius*: as questões relativas a imóveis), “dá cumprimento a seus fins de publicidade através de um instrumento técnico: o registro da propriedade imóvel”,³⁴ de sorte que “a publicidade imobiliária é hoje publicidade registral e, portanto, o Direito que a regula forçosamente há de caracterizar-se através do registro”.³⁵

Assim, não é possível pensar no direito que sistematiza a publicidade imobiliária e seus efeitos, sem referência imediata e estruturante ao seu instrumento, que é o Registro de Imóveis, ou, no dizer de José Maria Chico Y Ortiz, “sólo enlazando el previo concepto con la creación del Registro de la Propiedad, como medio de publicidad, nos permite hablar de un Derecho Inmobiliario Registral”.³⁶

Esta ligação umbilical, estruturante, que a nosso ver não se refere apenas à feição dinâmica da propriedade, mas também à sua feição estática, tema que enfrentaremos mais adiante, nos fez entender que se o instituto do registro de imóveis está no centro da matéria estudada, a parte do direito que é dedicada ao seu estudo é, então, o “Direito Registral Imobiliário”, ou direito do registro de imóveis.

3. O OBJETO DO ESTUDO, MÉTODO, CONCEITO E DEFINIÇÃO DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

A delimitação do objeto de estudo é o primeiro requisito para o estabelecimento de uma aproximação científica.

A realidade – inclusa a realidade jurídica – é por demais extensa e complexa, o que requer a realização de “cortes” para possibilitar a atribuição de limites à atividade cognoscitiva.

E a atividade científica também pressupõe um *método*, palavra “derivada do grego *méthodos* que significa *caminho para se chegar a um fim*”.³⁷

Assim, como aponta Aurora Tomazini de Carvalho, “é importante que o cientista siga as mesmas regras, desde o início até o final de sua atividade

34. Idem, p. 124.

35. Idem, p. 122.

36. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 15.

37. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Op. cit., p. 49.

cognoscitiva, para que suas proposições tenham sentido e coerência, caso contrário põe em risco a ordenação lógico-semântica de suas ideias e a própria construção de seu objeto”.³⁸

E nos filiamos aqui à corrente construtivista lógico-semântica, que entende que só se pode falar em conhecimento mediante a “atribuição de sentido aos conteúdos que nos são perceptíveis e tal atribuição é condicionada por nossos referenciais culturais (conhecimentos anteriores)”.³⁹

Isso aplica-se de maneira muito clara ao fenômeno jurídico, conforme pensamos, porque o Direito não tem propriamente uma realidade empírica e ontológica. É sem dúvida nenhuma um fenômeno cultural, encravado de valores.

Assim, estudar o fenômeno jurídico e, no nosso caso, o Direito Registral Imobiliário como normatizador, em última instância, do Direito de Propriedade Imobiliária Privada, conforme continuaremos a demonstrar no decorrer deste trabalho, é compreender e interpretar essa parcela da normatividade jurídica da convivência humana e atribuir-lhe – ou construir-lhe – um sentido.

Esse sentido deve ser capaz de construir um sistema que atenda às necessidades de convivência social relativamente ao tema “propriedade imobiliária privada”.

Esse método – compreensão e interpretação do fenômeno jurídico normatizador das relações sociais com reflexo sobre a propriedade imobiliária privada – poderá, é claro, se valer das várias técnicas disponíveis, como a “analítica (decomposição do sentido), a indução (onde parte-se de sentidos específicos para se chegar a sentidos gerais), a dedução (onde parte-se de dois sentidos para se chegar a um terceiro como conclusão dos dois), a dialética (contraposição de sentidos), a dogmática (fixação de dogmas para construção do sentido), a hermenêutica (avaliação como forma de fundamentação/legitimação do sentido) etc.”⁴⁰

Pois bem.

Conforme nos lembra José Afonso da Silva,⁴¹ qualquer disciplina jurídica pode ser estudada sob dois aspectos básicos.

O primeiro desses aspectos é o *especulativo*. Nesta seara nos debruçamos sobre os problemas existentes que as normas jurídicas pretendem solucionar.

38. Idem, *ibidem*.

39. Idem, p. 51.

40. Idem, p. 54.

41. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 36.

Investigamos com ampla liberdade as realidades fáticas e as possibilidades e remédios que o direito em geral pode oferecer. É o momento de se socorrer da filosofia do direito, da teoria geral do direito, da sociologia do direito e demais matérias propedêuticas. Lançamos mão dos princípios gerais de direito e nos detemos sobre as várias possíveis soluções que o direito possa oferecer para uma dada necessidade social específica.

De posse do arcabouço teórico fornecido por esse estudo de natureza mais especulativa, nos lançamos então ao *estudo positivo*, ou, noutro dizer, sobre o estudo das soluções efetivamente adotadas pela legislação vigente, com o objetivo de sistematizá-las e interpretá-las.

Usando a terminologia usada pelo autor referido, vemos que o *estudo especulativo* do direito registral imobiliário terá que necessariamente deter-se sobre o que é a propriedade imobiliária, tanto privada quanto a pública; sua evolução histórica; o papel que essa modalidade de propriedade exerceu no seio das várias teorias econômicas e formas de organização da sociedade, do estado e dos governos; o que se espera atualmente da propriedade imobiliária; suas “funções” social, econômica, ambiental, e outras porventura identificadas pelo investigador; os modelos adotados de direitos incidentes sobre a propriedade; os deveres atribuídos aos proprietários; os tributos incidentes; as formas de constituição, modificação, transmissão e extinção de direitos sobre a propriedade; as intervenções do Estado na propriedade privada; os modelos de organização estatal, ou mesmo privados, de registros de propriedade; os efeitos desses registros; a publicidade registral; a tensão dialética entre publicidade e direito à intimidade; o futuro desses registros, notadamente em face do advento da informatização.

Esses temas, e outros, serão estudados com a necessária liberdade acadêmica e de pensamento, pois estamos aqui, de fato, nos domínios da *ciência do direito*.

Poderíamos propor aqui uma tentativa de conceituar a *ciência do direito registral imobiliário* como sendo a que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores do registro imobiliário e as relações jurídicas daí derivadas.

Na linha do que ensina Jeronimo Gonzalez y Martinez,⁴² é premente entre nós o desenvolvimento de uma *ciência do direito registral imobiliário*. Muito embora a ciência jurídica não tenha por objetivo criar nem aplicar o Direito,

42. MARTINEZ, Jeronimo Gonzalez y. *Derecho hipotecario: origenes, sistemas y fuentes*. Madrid: Imprenta de Estanislao Maestre, 1924. p. 247.

mas sim conhecê-lo, especialmente em nossa matéria seu papel sistematizador é imprescindível diante das descuidadas legislações com reflexo no registro imobiliário, em grande parte não harmônicas à leitura singela.

Por isso, cabe ao cientista do direito registral imobiliário ter especial atenção à necessidade de utilizar uma linguagem científica precisa. Para afastar os constantes equívocos sobre nossa matéria, devemos ter especial atenção ao plano semântico, afastando confusões significativas através do trabalho de depuração da linguagem.

Como averba Aurora Tomazini de Carvalho, a atenção deve se dar também no plano “sintático, que atribui coerência ao discurso. A linguagem científica apresenta-se de forma coesa, não se admitindo construções contraditórias (do tipo: *s é p e s não é p*)”.⁴³

Cabe, assim, à Ciência do Direito Registral Imobiliário, a tarefa de construir uma *teoria geral do direito registral imobiliário*, para explicar cientificamente essa face normativa da convivência humana, “reduzindo as complexidades de sua linguagem para que seus utentes possam operá-la com maior facilidade”.⁴⁴

Lembramos, é claro, até por questão de honestidade intelectual, que não se pode perder de vista que a construção de uma teoria jurídica qualquer – e aqui a nossa *Teoria Geral do Direito Registral Imobiliário* – é influenciada pelas escolhas epistemológicas do cientista, já que não é possível conceber a realidade jurídica de uma única maneira absoluta, pois “cada uma o projeta sob sua forma, de acordo com um dado modelo referencial e na conformidade de seu método”.⁴⁵

A linguagem construída pelo cientista do direito, por certo, não tem o poder de modificar o objeto de seus estudos, que permanece aberto para novas aproximações e novas abordagens. O que pretendemos construir é, portanto, uma das explicações possíveis para o fenômeno jurídico do registro da propriedade imobiliária e suas consequências.

Já o *estudo positivo* irá avançar sobre as soluções efetivamente adotadas para a temática acima referida em cada país (ou Estado-membro federado), com o objetivo, como já dito acima, de sistematizar as regras vigentes e interpretá-las, sempre com vistas ao melhor e maior rendimento possível da legislação vigente para o atendimento efetivo das necessidades sociais, propondo, quando o caso, alterações legislativas ou mesmo de interpretações doutrinárias ou posicionamentos jurisprudenciais que estejam sendo aplicados.

43. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Op. cit., p. 42.

44. Idem, p. 54.

45. Idem, p. 56.

Para avançarmos no estudo da nossa matéria, fixaremos então que vamos trabalhar com o conceito “Direito Registral Imobiliário”. De se lembrar que “conceito” é um termo, uma palavra, associada a outros símbolos, arbitrariamente convencionado, sem relação ontológica com os dados físicos representados. Assim, o conceito é a “ideia do termo, sua significação, que permite a identificação de uma forma de uso da palavra dentro de um contexto comunicacional”.⁴⁶

No mais das vezes, usamos conceitos (qualquer um, como “casa” ou “cadeira”) sem sabermos, ou mesmo sem nos preocuparmos, em defini-los. O conceito “casa”, por exemplo, pode significar moradia ou buraco do botão da camisa, conforme o uso.

De igual maneira, podemos usar o conceito “Direito Registral Imobiliário” até mesmo com propriedade, sabendo utilizá-lo no contexto apropriado, sem, contudo, sermos capazes de defini-lo, porque “definir é pôr em palavras o conceito”.⁴⁷

Portanto, inafastável a necessidade de definir o conceito “Direito Registral Imobiliário”, observando que adredemente já explicamos nossa preferência por essa denominação.

Definir algo é um aspecto essencial de qualquer ciência, pois, como bem aponta Aurora Tomazini de Carvalho:

“(…) Muitas vezes temos a ideia do termo, ou seja, das suas possibilidades de uso num discurso, mas não somos capazes de apontar, por meio de outras palavras, as características que fazem com que algo seja nominado por aquele termo, isto é, que fazem com que possa ele ser utilizado em certos contextos. Para ser fixada, a ideia do termo precisa ser demarcada linguisticamente, ou melhor, constituída em linguagem, pois, como pressupomos, só assim ela se torna articulável intelectualmente. *É por meio da definição que realizamos tal demarcação. Definir, assim, é explicar o conceito, pô-lo em palavras, é identificar a forma de uso do termo*“ (destaque nosso).⁴⁸

Assim, conforme continua explicando a autora referida, a tarefa de definir consiste em eleger critérios para identificar o conceito em um contexto comunicacional, restringindo suas possibilidades de uso, para evitar indesejáveis problemas de indeterminação semântica, pois quanto mais precisa a definição, menor a possibilidade de utilização equivocada do conceito.

46. Idem, p. 60.

47. Idem, p. 63.

48. Idem, ibidem.

Tanto quanto possível, buscamos evitar problemas de *ambiguidade* e de *vaguidade*. A primeira refere-se à circunstância dos termos comportarem mais de um significado (*rectius*: podem ser usados em dois ou mais sentidos). Assim, a palavra “cadeira” pode referir-se ao objeto utilizado para sentar, ou a uma disciplina acadêmica.

Para evitarmos a ambiguidade devemos valer-nos de processos de elucidação, que implica em uma tomada de decisão quanto ao uso do termo. Dentre as várias acepções possíveis, explicamos e elegemos uma delas para a situação em que estamos utilizando o termo.

Já a vaguidade refere-se à imprecisão do significado de uma palavra ou a dificuldade de saber quais objetos são abrangidos pelo conceito. É a “zona de penumbra” do sentido de um termo. Assim, se dissermos que “jovem” é quem tem menos de 30 anos e “velho” quem tem mais de 60 anos, ficamos em dúvida sobre como qualificar uma pessoa de 40 anos. Ela é jovem ou velha?

Como a linguagem científica deve pautar-se pelo rigor terminológico, devemos também evitar tais “zonas de penumbra” e o “remédio para a vaguidade está na definição. Tudo é uma questão de delimitação do conceito da palavra”.⁴⁹

Pois bem.

Entre nós, no aspecto normativo e positivo, Ricardo Dip definiu o direito registral imobiliário como “a parte do direito posto que regula o procedimento de inscrição de títulos relativos a imóveis e disciplina a forma e os efeitos da publicidade das situações jurídicas imobiliárias”.⁵⁰

O autor destaca, então, em sua definição, o conteúdo do que considera abarcado pelo direito registral: as questões relativas às *inscrições*, referida ao ingresso dos atos e negócios jurídicos no fôlio registral; os *títulos*, que instrumentalizam as causas aquisitivas ou de oneração; as *formas da publicidade*, que pertinem à cognoscibilidade dos assentos registrais e implicam na possibilidade de sua atualização, e os *efeitos da publicidade*.

Levando em conta não apenas esse aspecto normativo, mas também o especulativo, e lembrando o magistério de José Luis Lacruz Berdejo, já citado acima, temos então que este estudo (tanto o ponto de vista especulativo quanto o positivo, enfatize-se), se debruçará sobre a aquisição e eficácia das posições registrais imobiliárias, suas modificações, extinção e, acrescentamos, também sobre a organização da instituição registral.

49. Idem, p. 71.

50. DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002. p. 37.

No mesmo sentido o magistério de José Manuel Garcia e Garcia, que preleciona que o direito registral imobiliário (ou hipotecário, já que este autor é espanhol), é “el conjunto de normas y principios que regulan la exteriorización continuada y organizada a efectos de producir cognoscibilidad general, de situaciones jurídicas inmobiliarias, a través de la institución del Registro de la Propiedad, cuyo objeto es la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”.⁵¹

Destacamos dessa definição três ideias fundamentais do direito registral imobiliário, além da evidente questão da publicidade e da organização técnica do registro de imóveis, posto cremos que o domínio e objeto do direito registral imobiliário não pode deixar de fora as matérias atinentes à organização dos serviços registrares:

a) a noção de “posição registral”, que é a que o titular registral ostenta, quando acede ao registro;

b) a “aquisição da posição registral”, que deve observar uma série de requisitos normatizados pelo direito registral imobiliário, e

c) a “eficácia” da posição registral, ou, noutro dizer, os efeitos jurídicos derivados da aquisição da posição registral, que irão variar de instituto para instituto.

No Brasil, cremos que a definição acima é algo reducionista no que pertine à inscrição ou anotação (*rectius*: averbação) de atos e contratos relativos ao “domínio e demais direitos reais”, já que não são estes os únicos institutos a adentrarem nos álbuns reais. Há uma série de outros atos que também podem ingressar no registro, como direitos mesmo de natureza obrigacional, em alguns casos; limitações administrativas, questões de direito ambiental, e não apenas as obrigatórias, mas mesmo as voluntárias, enfim, o ordenamento prevê uma variada gama de atos e negócios jurídicos com repercussão no *status juris* dos imóveis que podem, ou mesmo *devem* ser registrados.

Também por conta da dicção do nosso texto legal que trata da matéria,⁵² pensamos ser mais consentâneo com nosso ordenamento jurídico não falarmos apenas em “eficácia” da posição registral, mas sim da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia da posição registral.

Temos, então, sob esse aspecto (e é nossa proposta de definição), que o *direito registral imobiliário* é o conjunto de normas que tem por objeto discipli-

51. GARCIA, José Manuel Garcia. Op. cit., p. 65.

52. Art. 1.º da Lei 8.935/1994.

nar a aquisição e publicidade, autenticidade, segurança e eficácia das posições registrais imobiliárias, suas modificações, extinção e também a organização dos serviços registrais.⁵³

Por conseguinte, *normas de direito registral imobiliário* são aquelas que têm por objeto regular as situações acima referidas.

Já a *relação jurídica registral imobiliária* é aquela que é tipificada como sendo uma “relação jurídica” em razão dos efeitos jurídicos decorrentes de sua conexão com o registro imobiliário.

Conforme averba José Maria Chico e Ortiz,⁵⁴ o Registro de Imóveis é um instrumento técnico jurídico através do qual as pessoas se relacionam como sujeitos de direito.

O registro cria uma relação jurídica do proprietário com todos os eventuais titulares de direito sobre o imóvel. Além disso, nos países que adotam o registro como constitutivo da propriedade, é ele quem outorga o *jus vindictio* contra quem injustamente o possua ou detenha, o que equivale dizer que se cria uma relação jurídica contra quem ilicitamente perturbe o exercício da propriedade.

E essas relações são justamente condicionadas pela publicidade que o Registro outorga aos atos e negócios jurídicos que acedem ao fólio real, e pela consequente proteção jurídica daí derivada.

O mesmo autor aduz que as normas registrarias imobiliárias atribuem “unas especiales consecuencias jurídicas a la inscripción registral de los derechos. Existen, pues, indudablemente, unas relaciones sociales que se convierten en relaciones jurídicas al entrar en contacto con el mecanismo del Registro”.⁵⁵

E essas relações são objeto do Direito Registral Imobiliário.

A identificação desse objeto é fundamental para o sucesso do estudo do direito registral imobiliário porque, malgrado tenhamos dois diplomas legislativos que lhe servem de fundamento,⁵⁶ há inúmeras *normas de direito registral imobiliário* dispersas em dúzias de leis, decretos, normas emanadas de órgãos correccionais etc., e muitos desses textos legislativos não guardam relação de

53. Usamos “serviços registrais” em consonância com a terminologia do art. 1.º da Lei 8.935/1994.

54. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 20.

55. Idem, p. 20.

56. A Lei 6.015/1973, que regula boa parte dos efeitos do registro, seus ritos e organização técnica-administrativa, e a Lei 8.935/1994, que faz as vezes de um “estatuto do notariado e dos registradores públicos”.

conexão *prima facie* entre si, tornando mais árdua a tarefa do cientista do direito registral imobiliário.

Conforme já apontamos, há normas de direito registral imobiliário dispersas em leis urbanísticas, ambientais, tributárias, civis, processuais, administrativas, e de praticamente qualquer matéria do direito.

Acrescento aqui a lição de José Maria Chico Y Ortiz, enfatizando o caráter sistematizador do Direito Registral Imobiliário, que essas normas:

“(...) son inarmónicas y pueden ser civiles, administrativas y procesales, concurren todas sobre el mismo objeto. Esta ‘unidad de objeto’ proporciona a nuestra disciplina su notable autonomía didáctica y expositiva, y aun científica, sobre todo si se observa que la relación registral que regula imprime a muchas de esas normas un carácter muy acentuado.”⁵⁷

Esse “caráter mais acentuado”, no nosso sentir, na verdade configura-se pela circunstância de que das várias regras esparsas civilistas, administrativas, tributárias, urbanísticas etc., é que extraímos a “norma registral imobiliária”.

4. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

Ainda pensando na questão da autonomia do direito registral imobiliário, temos que nos perguntar que lugar o direito registral imobiliário ocupa na Ciência do Direito?

4.1 *Direito público ou direito privado?*

Dois milênios atrás, consta do Digesto, Livro I, Título I, § 2.º que, no dizer de Ulpiano, *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem* (Direito Público é o que corresponde às coisas do Estado; Direito Privado, o que pertence à utilidade das pessoas).

Direito Público, então, seria o que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou do Estado com seus cidadãos, quando atuando como Poder Soberano. Há predominância do interesse público.

Já o Direito Privado é o que disciplina as relações desses cidadãos entre si, enquanto pessoas naturais ou jurídicas, havendo predominância do interesse particular.

O Estado pode ser sujeito de uma relação de Direito Privado, se não comparece em um dos polos da relação jurídica atuando como Poder Soberano, mas em uma relação de coordenação com outros sujeitos de direito.

57. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 20.

Há controvérsias sobre a utilidade dessa classificação. Temos correntes, chamadas monistas, que entendem que o critério é irrelevante, defendendo a existência de apenas um domínio, mas essa corrente, a seu turno, se subdivide em duas: os publicistas, que advogam que todo o direito é público, e os privatistas, que entendem que o direito corresponde apenas ao *jus privatum*.

A corrente majoritária ainda é o dualismo, que entende que a clássica divisão do direito em público e privado é, sim, útil para a compreensão do fenômeno jurídico, muito embora essa corrente, na verdade, tenha dezenas de abordagens diferentes.

Outra corrente é formada pelos *trialistas*, que defendem que existe, sim, um direito público, um direito privado, mas há também um *tertium genus*, que eles chamam de direito misto, para abarcar áreas do direito onde há uma interação muito acentuada de normas publicistas e privatistas. Os exemplos clássicos aqui são o Direito do Trabalho e o Direito Econômico.

De todo modo, vale lembrar que assistimos atualmente uma crescente influência mútua entre esse aspecto dicotômico do Direito, de sorte que a linha divisória entre ambos é cada vez mais tênue, porque há reciprocidades de interferências em certos domínios de um e de outro ramo: o público privatiza-se e o privado publiciza-se.

Temos, nesta breve abordagem, que nos alinhar à corrente majoritária dualista. Sobre a clássica divisão do direito, Paulo Nader lembra que “a distinção entre o Direito Público e o Privado é útil no plano didático e benéfica do ponto de vista prático, pois favorece a pesquisa, o aperfeiçoamento e a sistematização de princípios de um gênero e de outro”.⁵⁸

Esta questão ganha especial interesse no estudo do Registro Imobiliário porque, em uma reflexão mais ampla, até se poderia pensar em classificá-lo como um direito misto das teorias *trialistas*, posto que, embora sua parte estrutural, por assim dizer, seja claramente de matiz público (direito administrativo), ele lida na sua parte operativa com normas de direito privado.

Como o Direito Administrativo no Brasil tem normas e princípios próprios, classificar o Direito Registral Imobiliário como sendo de Direito Público faz incidir, por óbvio, todo o arcabouço normativo do Direito Administrativo, *mutatis mutandis*.

Entendemos, neste ponto, que o Direito Registral Imobiliário é, sim, de Direito Público, porque, muito embora lide com normas privatistas, trata-se

58. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 2008. p. 47.

de uma forma de administração pública de interesses privados, daí porque o Registro Imobiliário é uma atividade pública.

Destarte, muito embora preordenado a gerar efeitos de direito substantivo e em grande medida voltado à proteção da propriedade particular, sua organização e fins, contudo, remetem aos benefícios que uma boa publicidade imobiliária tem para toda a sociedade e para o desenvolvimento do País.

É certo que grande parcela da doutrina ainda localiza o direito registral imobiliário como sendo um ramo do direito civil, mas mesmo entre esses autores encontramos, como o faz Angel Cristóbal Montes, a visualização de que “em um futuro, talvez não muito longínquo, haja necessidade de formar um novo ramo jurídico, de aspecto marcadamente público e dotado de independência, que se ocupe do agrupamento e regulamentação unitária do fenômeno publicitário” sobre bens imóveis.⁵⁹

A nosso aviso, esse tempo já chegou.

No entanto, isso não significa dizer que o registro imobiliário é um registro administrativo. Conforme veremos na sequência deste trabalho, entendemos que o direito registral imobiliário não é um subgrupo do direito administrativo, mas tem “existencialidade jurídica” própria, por assim dizer.

É que não tratamos aqui de um “registro administrativo”, mas de um peculiar “registro jurídico”.

Como apontamos acima, aceitando-se a divisão clássica do direito em público e privado, o *discrímen* entre um e outro se faz pelo sujeito da relação, de sorte que uma norma é de Direito Público se ao menos um dos sujeitos nela regulados é o Estado atuando como Poder Público, em uma relação jurídica marcada pela subordinação. Já no Direito Privado teremos sujeitos particulares na relação jurídica, inclusive o próprio Estado, que pode nela figurar em relação de coordenação com os outros polos.

Fica evidenciado que os registradores imobiliários, atuando por delegação do Poder Público, não o fazem em relação de coordenação com os utentes, mas sim fazendo aplicar o direito na tutela da propriedade privada em relação de subordinação, já que não é dado aos interessados esquivarem-se da observância das normas imperativas que informam o registro imobiliário.

Seria então o Direito Registral Imobiliário uma espécie de sub-ramo do Direito Administrativo? Vejamos.

59. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 145.

4.2 *Direito administrativo?*

Em uma primeira abordagem, podemos pensar que se trata de um sub-ramo do Direito Administrativo. Isto porque os serviços notariais e registrais exercem uma “administração pública de interesses privados”, esclarecendo Luis Paulo Aliende Ribeiro que “os notários e registradores exercem função pública, e no exercício da sua atividade também produzem atos administrativos dotados de todos os atributos e sujeitos aos requisitos expressos no direito administrativo, não obstante sejam o objetivo e a finalidade destes atos a produção de efeitos jurídicos junto aos interesses privados e ao direito privado”.⁶⁰

Trata-se, então, de atividade próxima à jurisdição voluntária, intervindo em atos privados que o legislador repute graves o suficiente para indicar a necessidade dessa intervenção.

Aliás, a título de curiosidade, mas também reforçando essa proximidade com a jurisdição voluntária, aponte-se que os notários em Portugal já tiveram até mesmo a categoria de magistrados de jurisdição voluntária, expressamente prevista na legislação, no caso um decreto promulgado em dezembro de 1899.

Falando especificamente do registrador imobiliário, poderíamos conceituá-lo, como faz Luis Paulo Aliende Ribeiro, como sendo o “profissional incumbido do exercício, com autonomia e rigor técnico-jurídico, da atividade de qualificação dos títulos submetidos a registro”.⁶¹

Portanto, é de se frisar que a atividade registral-imobiliária envolve a independência jurídica do registrador, para que ele exerça o juízo qualificatório, em ordem a verificar se o título, tanto em seu sentido formal-documental, quanto substancial (o negócio jurídico subjacente), reúne os requisitos necessários para promover a mutação jurídico-real registral.

Essa atividade está longe de ser meramente chanceladora da vontade das partes, e tampouco é meramente “burocrática”, porque exige uma análise jurídica a ser aplicada no caso concreto. A qualificação se trata de análise a ser realizada caso a caso, como é próprio da atividade de qualificação, mesmo porque não seria factível prever, abstrata e antecipadamente, todas as situações peculiares que poderão se apresentar.

Como aponta Luis Paulo Aliende Ribeiro, “essa atuação jurídica, como afirmado, tem por objeto conferir segurança, publicidade e eficácia a atos, direitos

60. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

61. Idem, *ibidem*.

e interesses de terceiros, não se confunde com nenhuma outra atividade estatal, e demanda independência para o juízo prudencial de qualificação”.⁶²

No entanto, conforme já apontamos alhures, falar em “autonomia” de determinada área do direito refere-se, na verdade, à necessidade de existir uma autonomia didática e científica de um grupo de normas que, por apresentarem um grau elevado de homogeneidade relativa ao seu objeto, devam ser estudadas de forma sistematizada. Ademais, verifica-se que desse determinado grupo de normas com objeto homogêneo emanam princípios e conceitos próprios.

Além disso, teremos que verificar também a existência de normas próprias, por assim dizer diferentes das pertencentes a outros ramos do Direito, e por eles não utilizáveis.

Nesse sentido, José Afonso da Silva aponta para a necessidade de haver uma “unidade substancial” do ramo do direito que se pretende autônomo, de sorte que a autonomia científica “só será alcançada pela existência de normas específicas, razoavelmente desenvolvidas, que regulem condutas ou relações conexas ou vinculadas a um objeto específico, conferindo homogeneidade ao sistema normativo de que se trata”.⁶³

Assim, não nos parece ser o caso de considerar o direito registral imobiliário como um mero apêndice do direito administrativo, porque se é certo que há grande incidência de normas administrativas na organicidade e na técnica registral imobiliária, há também a concorrência de normas de praticamente todas as demais áreas do direito e, principalmente, há normas e princípios que são exclusivos do registro imobiliário, de sorte que penso ser plenamente admissível, no atual estágio do regramento do tema sub exame, afirmar a autonomia do direito registral imobiliário.

Basta pensar que o direito registral imobiliário tem atos jurídicos próprios, sendo o mais óbvio e importante o próprio ato registral, que subsiste, enquanto não cancelado, ainda que o título que lhe deu causa seja desfeito, anulado, extinto ou rescindido, conforme se vê do art. 252 da Lei 6.015/1973, vale dizer, o ato registral é absolutamente autônomo do ato de direito material subjacente.

Temos também os procedimentos registraes, como o são o próprio procedimento de registro, o procedimento de dúvida, o procedimento de retificação administrativa, o procedimento de consolidação da propriedade na alienação fiduciária de bens imóveis, o procedimento de registro de loteamento e de in-

62. *Idem*, *ibidem*.

63. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 36.

corporações, enfim, atos de operação material de execução para efetivação do efeito registral pretendido.

Mas, lembramos novamente, tampouco é o caso de considerar o direito registral imobiliário como apêndice do direito civil, ou integrante do Direito Privado, muito embora não seja exagero afirmar que, em suas origens históricas, os registros imobiliários pareçam estar conectados com o Direito Civil, mais especificamente ao Direito das Coisas.

À primeira impressão, pode parecer que o direito registral mantém-se como uma subárea do direito das coisas, porque lida o direito registral imobiliário, na sua parte técnico-jurídica, na sua operacionalização diária, em grande medida com normas de direito civil. E assim é porque repousa sua atuação essencialmente sobre a propriedade imobiliária privada e os direitos reais sobre ela incidentes, que estão em sua maioria regulados pelo Caderno civilista.

Mas não só, como já enfatizamos. Embora, de fato, grande percentual dos atos praticados refiram-se a atos e negócios jurídicos civilistas, a atuação do Registrador de Imóveis lida com grande número de outras matérias, como o direito administrativo, urbanístico, agrário, ambiental, tributário etc.

E ademais, também como já referimos, toda a parte institucional dos registros é, sem dúvida nenhuma, de direito administrativo.

Em sentido contrário, José Manuel Garcia Garcia⁶⁴ entende que o direito registral imobiliário é integrante do Direito Civil, o que não implicaria em obstáculo para que se estudassem as matérias “administrativas” que estão indissolvelmente vinculadas ao registro imobiliário. Essa posição parece-nos, respeitosamente, não atender aos melhores postulados epistemológicos para que o direito registral possa vicejar de forma mais consistente e duradoura, porque implicaria na necessidade de percorrer caminhos exegéticos tortuosos, ao insistir em uma exegese de normas administrativas dentro de um tema eminentemente civil.

Pondera ele, também, que o direito registral deva ser compreendido dentro do direito civil, porque a inscrição é constitutiva dos direitos reais. É dizer: a hipoteca se constitui pelo registro. Como, então, pergunta, poderíamos remeter um elemento constitutivo da hipoteca civil para outro ramo do direito? Nessa linha de ideias, o direito civil seria, então, capenga, a depender de outro ramo do direito para realizar-se plenamente.

No Brasil, essa objeção não prospera. Entre nós, o contrato gera obrigação *inter partes*, embora despidido da eficácia *erga omnes* sem o registro, podendo

64. GARCIA, José Manuel Garcia. Op. cit., p. 71.

ensejar a busca da tutela jurisdicional, de sorte que o direito civil já alcança plena eficácia em si mesmo, ou ao menos a eficácia que pode ter sem valer-se, aí sim, do direito registral imobiliário. Além disso, certos direitos podem ser adquiridos por usucapião ou por sucessão *causa mortis* e, neste caso, o registro será meramente declaratório (não constitutivo).

O direito registral imobiliário, insistimos, embora lide com o direito privado, não é integrante do direito privado, mas sim do direito público.

Cumpre lembrar aqui as palavras do Min. Ayres Brito no seu voto-vista proferido na ADIn 2.602, publicada no *DOU* de 19.04.2006, embora tratando de tema específico e diverso, que é o regime jurídico da delegação dos serviços notariais e registrais, mas que podemos aplicar, segundo pensamos, com perfeição ao consectário de tais delegações, que é Direito Registral Imobiliário e também o notarial. Diz-nos o preclaro Ministro:

“(...) Em palavras outras, assim como o inquérito policial não é processo judicial nem processo administrativo investigatório, mas inquérito policial mesmo (logo, um *tertium genus*); assim como os processos de contas não são processos da espécie legislativa nem jurisdicional nem rigorosamente administrativa, mas uma categoria processual inteiramente à parte; assim como o Distrito Federal não é Estado-membro nem Município, mas tão somente o próprio Distrito Federal; assim como os serviços forenses, enfim, não são outra coisa senão serviços forenses em sua peculiar ontologia ou autonomia entitativa, assim também os serviços notariais e de registro são serviços notariais e de registro, simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal.”

Portanto, o Direito Registral Imobiliário é apenas o que é. Autônomo e independente. Talvez seu parentesco jurídico mais próximo seja com a impropriamente chamada Jurisdição Voluntária, tema a ser enfrentando com mais vagar.

5. DOMÍNIO DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

Na medida em que os grandes ramos do direito se especializam, mais delineados se tornam seus contornos científicos, em ordem a facilitar a sistematização de suas normas. Assim, o direito civil se subdivide em direito das coisas, direito das sucessões etc.

Talvez não seja exagero afirmar-se que o grande fim perseguido pelo registro imobiliário seja o de robustecer a segurança jurídica do tráfego jurídico-imobiliário, e servir de *longa manus* da função socioeconômica da propriedade imobiliária.

Sob o ponto de vista de uma *ciência do direito registral imobiliário*, poder-se-á pensar em:

1) *Propedêutica do direito registral imobiliário*, para estudá-lo sob o ponto de vista da Filosofia do Direito, da Sociologia do Direito, da História do Direito, da Psicologia do Direito etc.

2) *Teoria Geral do Direito Registral Imobiliário*, para investigar quais são as fontes do direito registral imobiliário, como colmatar lacunas e resolver antinomias aparentes, a metodologia do estudo do direito registral imobiliário, a hermenêutica do direito registral imobiliário, seus princípios etc.

3) *Dogmática do Direito Registral Imobiliário*, a qual, para a formatação do estudo do direito registral imobiliário positivo, embora seja ele ainda muito incipiente, poderá evoluir, segundo cremos, para abranger algumas das seguintes subdivisões especializadas:

a) *direito registral imobiliário administrativo ou orgânico*, constituído pelas normas de organização administrativa dos registros, que já tem um grande diploma legislativo a lhe servir de base, que é a Lei 8.935/1994, mas, claro, sendo o registro imobiliário um “registro público”⁶⁵ em sentido amplo, há que se aplicar aqui todo o regramento constitucional e infraconstitucional pertinente, além de todos os aspectos correicionais e de acesso à atividade mediante concurso público.

b) *direito registral imobiliário formal ou adjetivo*, destacando-se para fins de sistematização as normas atinentes à organização técnica dos registros, seus livros, procedimentos e atos praticados, ou os “aspectos técnicos do registro”.⁶⁶

c) *direito registral imobiliário material ou substantivo*, consistente no estudo das normas que regulam os efeitos de direito material dos atos praticados no registro imobiliário, a aquisição, modificação e extinção dos direitos incidentes sobre imóveis.

Cremos na existência de um direito registral imobiliário *material*⁶⁷ na medida em que, no Brasil, a aquisição de direitos reais imobiliários *inter vivos* é ato complexo que exige um título e um modo. O modo é o registro. Assim, o

65. Mas, não se esqueça, é um “registro jurídico”.

66. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 136.

67. LACRUZ, citado por Angel Cristóbal Montes, também afirma o aspecto material do direito registral imobiliário, assentando que esse aspecto é o que, suposta a posição no Registro, explica o seu valor (MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 136).

registro não é, como se diz sobre o direito “adjetivo”, um mero modo de estabelecer procedimentos para realização ou concretização do direito material, porque o registro *integra* a constituição de direitos reais. Sem ele, há apenas direito obrigacional *inter partes*.

Na dicção do art. 1.227 do CC/2002, os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por ato entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Como negar que o registro é *integrativo* da propriedade e demais direitos reais? Ele *compõe* a propriedade, pois sem ele não há propriedade.

O efeito material aqui é, segundo pensamos, evidente.

Mesmo nos atos *causa mortis*, ainda que se diga que a aquisição se dá *ex lege*, por força do princípio de *saisine*, o fato é que no direito brasileiro o registro é necessário mesmo em se tratando dessa modalidade de aquisição, para fins de “disponibilidade” (art. 172 da Lei de Registros Públicos).

E aqui ousamos afirmar: a propriedade em sua integralidade, por assim dizer, e parodiando o direito romano clássico, se constitui do *jus utendi, fruendi et disponendi*, ou na dicção do art. 1.228 do nosso vigente caderno civil, a propriedade consiste no direito de usar, gozar e dispor da coisa, além do *jus persequendi* ou *jus reivindicatio*, ou seja, reaver a propriedade de quem injustamente a detenha.

Isso implica dizer que a propriedade *causa mortis*, sobre a qual se diz ser adquirida *ex lege*, na verdade é uma propriedade *capenga*, se nos permitem o uso de uma expressão coloquial. Isto porque sem o registro ela está desprovida do *jus disponendi*. Falta-lhe um dos elementos ancestralmente reconhecidos como integrantes da propriedade.

Como colhemos da longa lição de Lafayette Rodrigues Pereira, “o domínio se diz *pleno* quando todos os direitos elementares que o formam se acham na pessoa do proprietário (*proprietas plena, dominium plenum*) (...) Sempre que do domínio se destaca algum, ou alguns, de seus direitos elementares, torna-se ele *limitado* ou *menos pleno*”.⁶⁸

Sendo assim, cremos não ser exagero afirmar que mesmo nas transmissões *causa mortis* o registro *integra* efetivamente a propriedade em toda a sua essência.

Para além dessa questão de aproximação ou sistematização do direito civil com o direito registral, há outras normas de direito registral imobiliário

68. RODRIGUES, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. (atualizado com base no novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. vol. 1, p. 104.

“puro”, por assim dizer, que também têm natureza jurídica de direito material, segundo pensamos.

Brevitatis causae, citamos nesse momento o instituto típico do direito registral imobiliário que é a *prenotação*, que cria o peculiar direito do *prior tempore potior jure*, e também o art. 252 da Lei de Registros Públicos que atribui *efeitos materiais* ao registro enquanto ele não for cancelado, ainda que o título causal tenha sido desfeito, anulado, extinto ou rescindido. É dizer: os efeitos materiais continuarão decorrendo apenas e tão somente do registro, totalmente desvinculado do negócio jurídico subjacente.

A esse efeito damos o nome de “substantividade da inscrição”, o que significa, insista-se, que o registro tem substantividade própria, desvinculado de seus precedentes.⁶⁹

Além disso, e como lembra Angel Cristóbal Montes, esses efeitos materiais (que existem, sem dúvida), decorrerão, em cada ordenamento jurídico, “do grau ou alcance com que sejam regulados os princípios da fé pública e de legitimação, e sobretudo o de inscrição”.⁷⁰

Além da inscrição (*rectius*: registro) ser, no Brasil, integrativa da propriedade, como defendemos acima, também esses dois princípios, o da legitimação e o da fé pública registral, conferem amplos efeitos materiais ao registro, o que discutiremos oportunamente, ao tratar dos mesmos.

Essa divisão do direito registral imobiliário na Alemanha é bastante clara. No entanto, naquele País o direito registral é considerado como integrante do Direito Civil, daí porque qualquer comparação não deve perder de vista essa peculiaridade. Mas a divisão, como afirmamos, fica bem clara na obra de doutrinadores tedescos, como Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, quem em sua obra clássica “Tratado de Direito Civil”,⁷¹ sob a rubrica “direito imobiliário formal”, estudam temas como as autoridades encarregadas do registro; os objetos da matrícula; a organização dos registros imobiliários; a distribuição das folhas de registro; as inscrições em geral; a instância; o consentimento para a inscrição; a inscrição prévia do prejudicado em seu direito; a comprovação dos supostos para a inscrição e o ato de inscrição, e os vícios da inscrição.

Já sob a rubrica “direito imobiliário material” estudam temas como o imóvel e os efeitos do registro; a constituição, transmissão e gravame dos direitos

69. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 144.

70. Idem, p. 140.

71. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1971. t. 3, Derecho de cosas.

sobre imóveis; a extinção dos direitos sobre imóveis; as modificações do conteúdo dos direitos sobre imóveis; a classificação dos direitos sobre imóveis; a modificação da classificação; a presunção de exatidão do registro; a fé pública do registro imobiliário; a retificação do registro; o assento de contradição; a anotação preventiva e a usucapião tabular.

d) *direito registral imobiliário geral*, com vistas à sistematização das normas de outras áreas do direito aplicáveis ao registro de imóveis, como normas tributárias, de direito ambiental, urbanísticas, de direito agrário etc.

e) *direito registral imobiliário eletrônico*, que muito embora tenha relação muito próxima com a parte procedimental e técnica, parece merecer um tópico à parte, dado a grande relevância e impacto que a introdução dos recursos informáticos têm sobre a atividade, notadamente com o advento da Lei 11.977/2009. Cabe estudar aqui, também, temas como a certificação digital, as plataformas criadas pelos órgãos censório-fiscalizatórios para acompanhamento e controle da atividade, através da chamada *correição online*, bem como para centralização de informações, como o “Portal do Extrajudicial”, “Central de Indisponibilidades”, “Serviço de Registro de Imóveis Eletrônico”, e outros; a comunicação com outros órgãos oficiais, como a Receita Federal do Brasil, a relação dos notários e registradores com empresas prestadoras de serviço nessa área, a introdução eventual de plataformas informatizadas institucionais, cuidados com backups, recepção eletrônica de títulos, enfim, todo o vasto leque de aplicação da informática e as mudanças que isso tem gerado na atividade registral.

f) *direito registral imobiliário comparado*, com vistas ao estudo dos registros imobiliários de outros países.

6. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO “REGIONAL” OU “NACIONAL”?

Essa questão nasce da particularidade federativa brasileira na qual compete privativamente à União legislar sobre registros públicos, como se vê do art. 22, XXV, da Carta Maior, mas a lei deferiu aos órgãos censório-fiscalizatórios estaduais a possibilidade de editar “normas técnicas” de observância obrigatória pelos registradores imobiliários (art. 30, XIV, da Lei 8.935/1994).

No exercício dessa atribuição, é comum as Corregedorias estaduais editarem normas e provimentos com profundo impacto na atividade registral imobiliária no âmbito dos respectivos Estados-membros.

No entanto, embora o *cientista do direito registral imobiliário* deva estar atento a essas normatizações e peculiaridades regionais, a construção de uma

teoria geral do direito registral imobiliário deve ter por objetivo precípua uma sistematização que possa, em suas grandes molduras, ser aplicada em todo o Território Nacional.

Mas deve-se desde já advertir que a regionalização normativa pode constituir um obstáculo formidável a esse intento, exigindo um esforço e atenção especiais por parte dos estudiosos dessa área do direito.

7. OS FINS DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

Como bem lembra Ricardo Dip, “para tratar da natureza do direito imobiliário registral, é preciso considerar-lhe a teleologia”.⁷²

O Código Civil da Suíça, em sua exposição de motivos, assinalou que o sistema registral deveria estabelecer uma constituição mais segura, uma publicidade mais efetiva e uma maior mobilização dos direitos reais.

Já os espanhóis desde 1855 já postulavam um sistema registral eficaz, porque, dizia o preâmbulo do Decreto Real de 8 de agosto daquele ano, as leis então vigentes sobre o tema estavam condenadas tanto pela ciência jurídica como pela opinião pública, porque elas nem garantiam suficientemente a propriedade, nem exerciam influência saudável na prosperidade pública, nem assentavam bases sólidas para o crédito territorial, nem davam impulso à circulação de riquezas, nem moderavam a incidência de juros sobre o crédito, nem facilitavam sua aquisição aos donos da propriedade imóvel, nem davam a devida segurança aos que sobre essas garantias emprestavam seus capitais.⁷³

Poucos textos sobre nossa matéria são tão fortes quanto este.

O que se espera, então, de um sistema registral imobiliário?

Creemos que os fins últimos e maiores do registro imobiliário são cinco, a saber: (a) robustecer a segurança jurídica do tráfego jurídico-imobiliário; (b) publicizar as situações jurídico-reais imobiliárias; (c) ser instrumento de concretude da função social-econômica-ambiental da propriedade imobiliária; (d) conferir autenticidade e eficácia aos atos e negócios jurídicos imobiliários, e (e) ser instrumento de profilaxia jurídico-social.

Perceba-se que as cinco finalidades citadas não são estanques; antes, se entrelaçam e são autorreferentes, de sorte que uma não será atingida se preterida outra delas.

72. DIP, Ricardo. Do conceito de direito imobiliário registral... cit., p. 53.

73. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 147.

Venicio Antonio de Paula Salles afirma que “o Direito Registral se arma e se estrutura fundamentalmente sob os efeitos do princípio da segurança jurídica”,⁷⁴ e Ricardo Dip alinha o registro público entre os institutos do direito mais umbilicalmente ligados à segurança jurídica, como a prescrição, a coisa julgada, a decadência, o direito adquirido, a preclusão e a preempção.⁷⁵

Esse mesmo jurista afirma que a “justiça” não pode dissociar-se da ordem, da estabilidade, do “direito à certeza”, e que o fim do registro é “exatamente a certeza e a estabilidade do direito”,⁷⁶ e por isso chama o registrador de “jurista da segurança, o magistrado da paz pública”.⁷⁷ E se a crise do direito é uma crise de certeza,⁷⁸ averba que:

“(…) Entre essas várias instituições cuja finalidade é a consecução da segurança jurídica, destaca-se o Registro de Imóveis. É ele uma instituição-coisa ou instituição objetiva, essa espécie dirigida expressamente a realizar o bem de um grupo social – na dicção de Le Fur – ou, dito de outro modo, a realizar o Bem Comum. O só fato de a vida humana política reclamar, em alguns supostos, a estabilidade ou segurança, e com ela a certeza das relações jurídicas, já inclui essa segurança e certeza, simultaneamente, na esfera de consideração da justiça”.⁷⁹

Assim, o Registro de Imóveis não se limita a dar publicidade aos direitos incidentes sobre imóveis, mas também os protege e os ampara.⁸⁰

Alcançada a posição registral, seu titular poderá descansar, confiando no ordenamento jurídico, no sentido de que esta posição só será alterada observando-se o devido processo legal para tanto. No que pertine à propriedade imobiliária, o Registro de Imóveis é a instituição formal que protege o titular de direitos do arbitrário, do impreciso e do imprevisto, trazendo objetividade, segurança e observância das “regras do jogo”.

Portanto, nossa conclusão aqui é que a aplicação do princípio geral da segurança jurídica ao sistema de registro da propriedade pode ser traduzido como *proteção da posição registral*.

74. SALLES, Venicio Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

75. DIP, Ricardo. *Registros públicos (Trilogia do Camponês de Andorra)*. Campinas: Millennium, 2003. p. 18.

76. Idem, p. 29.

77. Idem, ibidem.

78. Idem, p. 177.

79. Idem, ibidem.

80. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 21.

A *publicidade* das situações jurídico-reais imobiliárias é *conditio sine qua non* para que seja viável qualquer ato ou negócio jurídico versando sobre imóveis. Não é preciso grande esforço para visualizar que sem saber qual é corpo físico do imóvel, distinguindo-os de outros (publicidade em seu aspecto *objetivo*); sem saber quais são os titulares de direitos sobre esse imóvel (publicidade em sua dimensão *subjéctiva*), e sem saber quais são os direitos e ônus incidentes sobre aquele imóvel (publicidade em sua dimensão *jurídico-material*), não haveria como entabular um contrato, movimentar uma execução, realizar controles urbanísticos etc.

É por isso que bem afirma Ricardo Dip que o Registro de Imóveis é um “sistema organizado pelo direito para dar publicidade a situações que o direito exige sejam públicas (i.e., sejam cognoscíveis por todos)”.⁸¹

Porém, há um ponto aqui que precisa ser muito enfatizado: não é qualquer publicidade, mas antes uma publicidade *qualificada*.

É dizer: o registro de imóveis não é um mero arquivo onde se depositam quaisquer documentos versando sobre imóveis para fins de publicidade.

Essa publicidade é *qualificada* porque apenas atos e negócios jurídicos previstos em lei podem aceder ao Registro. Mesmo a fórmula genérica do art. 246 *in fine* da Lei 6.015/1973⁸² não excepciona essa afirmação, antes, ao contrário, a confirma, já que a previsão de averbação de quaisquer atos que alterem o registro de qualquer forma está lá prevista em lei.

Fosse o Registro Imobiliário, se me permitem o uso de uma expressão coloquial, um mero “arquivão”, isso de nada ajudaria aos escopos perseguidos pelo sistema. Aliás, pelo contrário, atrapalharia o tráfego jurídico-imobiliário e seria fonte de constantes litígios.

Como se sabe e muito se apregoa nos dias de hoje, em face da “Revolução da Informação” das plataformas da Internet, que nos inundam com milhares de informações, na maioria das vezes inúteis e até mesmo contraditórias, o volume excessivo dessas informações na verdade desorganiza, confunde, aturde e satura os destinatários.

Portanto, aos auspícios da “publicidade” não se pode pretender registrar qualquer ato, mas apenas os que sejam constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos*

81. DIP, Ricardo. *Registros públicos...* cit., p. 15.

82. Previsão esta que é a grande base legal do princípio da concentração.

ou *mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade (art. 172 da Lei de Registros Públicos), e as circunstâncias que de qualquer forma alterarem esses elementos (art. 246 da mesma Lei).

Somente estes atos e negócios merecem, reclamam e alcançam eficácia na tábua registral, daí porque a afirmação de tratar-se de uma publicidade *qualificada*.

E quem seleciona quais informações são ou não relevantes juridicamente para ingressarem nos álbuns registrais?

Quem “qualifica”⁸³ essa possibilidade (*rectius*: viabilidade e necessidade da publicidade) é justamente o Registrador Imobiliário.

É ele, profissional do Direito⁸⁴ aprovado em concurso público, que irá realizar o *exame da legalidade*, emitindo um juízo jurídico acerca da possibilidade e necessidade do ingresso do ato ou negócio jurídico no registro. É por isso que o Registro de Imóveis, lembre-se, é uma atividade *jurídica*, e não meramente administrativa ou arquivista.

O Registro Imobiliário também tem por escopo servir de *longa manus* da *função socioeconômica-ambiental da propriedade imobiliária*.

Com isto quero dizer que vivemos tempos em que a propriedade imobiliária não mais pode desvincular-se dessa função chamada “social”, sendo relevante afirmar que a “primeiríssima das funções sociais da propriedade” é “demarcar o domínio de cada um”,⁸⁵ até porque sem isso seria de todo impossível qualquer tipo de ordenamento e regramento da propriedade, e foi esse o escopo orientador da Lei 601, de 18.09.1850, que prescreveu no seu art. 10 que “o Governo proverá o modo prático de extremar o domínio público do particular”.

Hodiernamente, a propriedade deve atender não apenas aos tradicionais aspectos, atos e negócios jurídicos civilistas, mas sobre ela espriam-se questões urbanísticas, ambientais, agrárias, econômicas etc. Por isso Marcelo Terra concluí que o “Registro de Imóveis se encontra evoluindo na mesma direção e igual intensidade com que a propriedade privada saiu dos domínios do direito

83. “Qualificação” é o nome que se dá ao procedimento administrativo realizado pelo Registrador Imobiliário de conferência da viabilidade do ingresso do ato ou negócio jurídico no registro.

84. Art. 3.º da Lei 8.935/1994.

85. DIP, Ricardo. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

individual absoluto para um direito de espectro maior, de confluência de direitos outros, como o coletivo”.⁸⁶

Colima também o Registro Imobiliário atribuir autenticidade e estabelecer qual é a eficácia dos atos e negócios jurídicos reais-imobiliários.

É na busca da autenticidade dos atos e negócios jurídicos imobiliários que se identifica mais o caráter *formalista* do registro imobiliário, porque “la autenticación de los actos y contratos tiene una importancia decisiva y sólo puede lograrse mediante formas preestablecidas y solemnes, que el legislador debe determinar y exigir que se cumplan, puesto que corresponden al orden público”.⁸⁷

Atende-se assim à necessidade inafastável de *dar forma* (*rectius*: formalizar) ao direito material, porque este não tem como subsistir sem que esteja corretamente assentado sobre a forma que lhe assegure a origem, a correta identificação da sua natureza jurídica, com seu peculiar “existir jurídico”, para configuração de seu regime jurídico, sua extensão e alcance. Um direito sem forma seria como o Universo e a Terra retratados no capítulo primeiro do Gênesis.

É indispensável que se satisfaçam determinadas condições para que determinado fato da vida possa ser enquadrado nesta ou naquela categoria jurídica, em ordem a não haver confusão ou dúvida – gérmens do conflito – sobre qual remédio jurídico aplicar-se-á àquela situação.

Venicio Antonio de Paula Salles nos lembra que a “autenticidade” é uma qualificação que presume a regularidade do registro, revestindo-o de uma especial eficácia, tanto que o mesmo “manterá sua validade e eficácia sempre que os desvios ou irregularidades forem passíveis de correção ou convalidação, de forma que a ausência de assimetria fática e a tabular, ou entre aquela e o título causal, exige correção, mas não permite anulação”.

Daí que este aspecto está particularmente ligado ao aspecto *material* do registro, pois a eficácia diz respeito à “proteção material que o registro outorga ao adquirente que inscreveu seu direito e vantagens processuais que se concedem na defesa dos direitos a quem os tem inscritos em seu favor”.⁸⁸

Enfatize-se: o registro: (a) confere proteção material ou substantiva ao titular da posição registral; (b) confere-lhe vantagens processuais na defesa do seu direito.

86. TERRA, Marcelo. O registro imobiliário no Estatuto da Cidade. *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. p. 254.

87. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 21.

88. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 136.

At last, but not least, tem o registro de imóveis uma inegável finalidade de *pacificação social*.

Isto porque a segurança, a publicidade e os instrumentos para atender à função social-econômica-ambiental da propriedade imobiliária fornecidos pelo Registro geram uma formidável atuação preventiva de conflitos, o que contribui de forma decisiva para que o registro de imóveis seja um instrumento de paz jurídica.

Atua nitidamente de forma profilática, desestimulando litígios na medida em que torna sobremaneira difícil desafiá-lo. Além disso, se o litígio chegar a se instalar, municia o Poder Judiciário de elementos robustos para dirimir a lide de forma rápida e previsível.

Daí José Maria Chico Y Ortiz referir que “el derecho hipotecario procura el desenvolvimiento normal de las relaciones jurídicas, mediante instituciones y organismos que tendem a evitar su situación anormal, patológica o disputada judicialmente”.⁸⁹

Busca o Direito, então, ordenar, disciplinar e operacionalizar todas as demandas sociais relativas à propriedade imobiliária, e para tanto o Direito vai buscar a melhor técnica que permita alcançar esses fins.

Temos hoje no mundo Ocidental duas grandes “técnicas” de organização da segurança jurídica indispensável à propriedade imobiliária e os respectivos negócios jurídicos que lhe têm por objeto: a técnica do registro e a técnica da securitização, esta última mais utilizada nos Estados Unidos da América.

É certo que a técnica do registro comporta algumas subdivisões, notadamente quanto à extensão dos seus efeitos, mas cremos que ela é em todos os aspectos superior à técnica da mera securitização das transações, para o caso das mesmas serem nulas ou mesmo inexistentes.

A técnica do registro tem uma enorme eficácia *preventiva* e *profilática* para que tais vícios simplesmente não ocorram. A securitização até pode representar um remédio, mas atua de forma patológica, *ex post*, após a constatação de vícios incidentes sobre a propriedade, ou seja, atua após o problema instalado, com todos os reveses e problemas que tais situações ocasionam. Há uma situação de *stress latente*, sempre à espreita, conspirando contra investimentos realizados, conspirando contra a segurança jurídica, enfim.

Ademais, é público e notório que receber efetivamente o prêmio de um seguro nem sempre é tarefa singela. Há muitas situações fáticas que os seguros

89. ORTIZ, Jose Maria Chico Y. Op. cit., p. 21.

não cobrem, apontado Elena I. Highton *et alii* sobre o sistema de securitização das transações imobiliárias nos Estados Unidos que:

“(...) son tantas las excepciones que a veces parecen confusas a las luces de su interpretación, por lo que se ha sostenido que este tipo de contratos resulta demasiado oneroso para la cantidad de eventos que no cubre, ya que el costo de la prima – incluido el costo de investigación de antecedentes y del cierre de transacción – asciende al 1% del valor de la propiedad.”⁹⁰

Já a técnica do registro, malgrado suas variações de país para país que a adota, e sabendo-se que nem todos outorgam o grau máximo da proteção da boa-fé registral, ainda assim permite que um dos predicados essenciais da segurança jurídica, que é a *previsibilidade*, seja alcançado de maneira satisfatória.

Isso porque o registro oferece uma depuração da propriedade imobiliária, se adotar ao menos o princípio da continuidade e o princípio da legalidade, interpondo entre o negócio jurídico de base e a inscrição registral o procedimento conhecido em geral como “qualificação registral”, na qual o profissional do direito encarregado do registro verifica se a pretensão entabulada no aludido negócio jurídico de base reúne os requisitos essenciais da lei para outorgar às partes contratantes a posição registral respectiva.

O registro imobiliário poderia ser substituído por outro sistema de ordenação e atribuição de efeitos jurídicos ao tráfego jurídico-imobiliário? Se, como diz Ricardo Dip, “seria teoricamente possível substituir a eficácia ofensiva e defensiva do registro por um outro modo de ordenar a aparência”.⁹¹

“(...) sem embargo da amplitude das possibilidades teóricas de imaginar novos tipos de organização jurídica da aparência, estou convencido de que o sistema registral brasileiro corresponde, nos termos de seu figurino legislativo, a um modelo substancialmente apto às exigências da publicidade jurídica e, historicamente, constitui-se de organismos já provados na realização dos fins publicitários.”⁹²

É um sistema perfeito, isento de críticas? No dizer do mesmo Ricardo Dip, é evidente que não se pode construir “instituições humanas perfeitas”, e que se houver abuso, ele deve ser corrigido, mas o abuso não serve para anular o uso.⁹³

90. HIGHTON, Elena I.; Vitale, Angélica G. E.; Abreut, Liliana E.; Lara, Ricardo J. Blanco. *La función notarial en la comunidad globalizada*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2005. p. 181.

91. DIP, Ricardo. *Registros públicos...* cit., p. 74.

92. Idem, p. 75.

93. Idem, p. 76.

Creemos que o sistema registral imobiliário brasileiro, parafraseando o autor acima citado, já permitiu a construção e depuração de uma base segura para o tráfego jurídico-real imobiliário, e continua evoluindo, como é o caso da implantação do *registro eletrônico*, malgrado, é claro, não se olvide que o Brasil seja um país de dimensões continentais e a realidade, por exemplo, do Estado de São Paulo, seja muito diversa de outros Estados da federação. Mas a base está posta, e temos que é questão de tempo para que todo o País alcance a mesma estabilidade e segurança de Estados que estão com o processo mais adiantado.

Ao conceder o ingresso aos assentos registraes, o “registorador”, como agente público administrador de interesses privados, apõe sua fé pública de que o negócio está em ordem, as partes contratantes estão corretas, o imóvel está identificado e tem, então, condições de gerar efeitos *erga omnes*, devendo toda a sociedade respeitar o novo *status juris* do imóvel, que será protegido pelo Estado.

No dizer da Lei,⁹⁴ o sistema registral atribui publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos envolvendo imóveis. Lembramos que no Brasil o negócio jurídico *inter vivos* versando sobre bens imóveis, em geral, só produzem efeitos *inter partes*. A oponibilidade *erga omnes* só surge com o registro. Esclare Venicio Antonio de Paula Salles que isso é uma “expansão eficaz decorrente do registro, que é uma das marcas ínsitas ao direito de propriedade, que tem como característica a sua oponibilidade contra todos e não só contra o alienante ou ex-titular do domínio”.⁹⁵

Percebam o que tudo isso implica. Através da consulta dos assentos registraes, pela via da certidão, qualquer um do povo e os poderes públicos têm acesso imediato ao *status juris* do imóvel, os direitos sobre ele incidentes e os titulares dos respectivos direitos, podendo tomar as decisões que lhe interessem confiando que estas informações estão corretas e, por assim dizer, chanceladas pela fé pública do profissional do direito encarregado dessa tarefa, o Registorador Imobiliário.

Além disso, no exercício desses misteres, o Registorador Imobiliário atuará sempre tendo em mente a função social, econômica e ambiental da propriedade imobiliária, conjugando não apenas as regras de direito civil, mas atento aos princípios e valores que emanam da Constituição da República, às repercus-

94. Art. 1.º da Lei 8.935/1994.

95. SALLES, Venicio Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

sões tributárias, às questões urbanísticas, agrárias, enfim, a todo o arcabouço jurídico, para que a interpretação e a integração das normas concorram de maneira efetiva para a concretização dessas funções da propriedade imobiliária.

Por tudo isso, como lembra Marcelo Terra, hoje o Registro Imobiliário tem a confiança da população brasileira, confirmando-se a “importância que a sociedade brasileira atribui à instituição do Registro de Imóveis, confiando-lhe a missão de guardião da informação jurídico-imobiliária, atribuindo-lhe a alta função de publicização de atos e fatos jurídicos relacionados à propriedade imobiliária, ampliando a sempre almejada segurança no negócio sobre imóveis”.⁹⁶

Assim, o que propomos como fins do direito registral imobiliário, essa novel área especializada que, como defendemos, já tem foros de independência e autonomia, é ser o ramo do direito encarregado de sistematizar as regras constantes de todo o ordenamento jurídico que repercutam sobre a propriedade imobiliária, em ordem a que a propriedade imobiliária e os negócios jurídicos que a tem por objeto se revistam da indispensável segurança jurídica, atendendo ainda à função sócio-econômica-ambiental da propriedade, sistematização essa que será aplicada de forma técnica pelo Registrador Imobiliário na forma dos estatutos que regulamentam a atividade registral.

8. RELAÇÃO DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Como não poderia deixar de ser, “o Direito Registral não compõe um segmento isolado e incomunicável com os demais ramos do Direito”.⁹⁷

Como dissemos no item anterior, pensamos que cabe ao direito registral imobiliário, então, sistematizar as regras constantes de todo o ordenamento jurídico que repercutam sobre a propriedade imobiliária e os negócios jurídicos que a tem por objeto.

Se a propriedade deve se revestir da necessária segurança jurídica, e se o ordenamento está informado de maneira iniludível pela função socioeconômica-ambiental da propriedade imobiliária, e ainda considerando que o sistema não comporta antinomias reais, por certo que cabe ao hermeneuta,

96. TERRA, Marcelo. *O registro imobiliário no Estatuto da Cidade. Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. p. 253.

97. SALLES, Venicio Antonio de Paula. Op. cit., p. 17.

ao doutrinador, ao aplicador do direito, enfim, a todos os operadores do direito, cuidarem para que as normas constantes das várias áreas do direito converjam para que se dê concretude a esses fins. E se todos devem participar dessa tarefa, desde o civilista, o administrativista, o penalista, o tributarista etc., pensamos que por excelência essa é a área na qual se especializa o *registrarista imobiliário*.

Assim, o estudo dessas interações com outros ramos jurídicos reveste-se de especial importância no estudo do direito registral imobiliário.

8.1 *Direito constitucional*

Como qualquer outra área jurídica, encontra o direito registral imobiliário no direito constitucional seus alicerces mais fundamentais. Além da atividade notarial e registral estar prevista no art. 236, e residualmente no art. 32 das Disposições Transitórias, temos a matéria atinente à função socioeconômico-ambiental da propriedade espraiando seus efeitos de forma notável sobre todo o estudo do direito registral imobiliário.

Ademais, sendo o Registro Imobiliário uma atividade insitivamente pública, embora exercida através da delegação a particulares, toda sua parte institucional-administrativa subordina-se, *mutatis mutandis*, aos princípios da Administração Pública.

Há, também, a atribuição do Conselho Nacional da Justiça para fiscalizar a atividade notarial e registral, e questões esparsas, como normas relativas aos bens públicos, usucapião, questões tributárias, urbanísticas etc.

E um tema de grande interesse, que é saber até onde vai a possibilidade (ou impossibilidade) do registrador analisar questões de constitucionalidade de normas que deva aplicar.

Enfim, o estudo de aspectos constitucionais com reflexos diretos ou indiretos na atividade registral imobiliária é, por certo, dos mais ricos, profícuos e, claro, indispensáveis.

8.2 *Direito administrativo*

A ligação do direito registral imobiliário com o direito administrativo é mais que umbilical, posto que parece ser fora de dúvida que a atividade dos registradores de imóveis é atividade administrativa, mesmo que por delegação. Assim, como aponta Luis Paulo Aliende Ribeiro, é no direito administrativo que encontraremos a organização dos serviços notariais e registrares; a forma de seleção dos profissionais respectivos, através da outorga e também da cessação

da delegação; a regulação técnica e a fiscalização dos serviços,⁹⁸ enfim, todo o regime jurídico que decorre do fato de que a atividade notarial e registral é “exercida por meio de descentralização administrativa por colaboração”, conforme preceitua o mesmo autor.⁹⁹

Além de todo o regime jurídico que constitui a própria atividade ser administrativo, merecem maiores estudos o fato dos atos praticados pelos registradores serem atos administrativos. Os procedimentos do Registro de Imóveis são procedimentos administrativos e eles estão sujeitos a uma Justiça Administrativa (as Corregedorias).

Os princípios que norteiam a Administração Pública e a prestação de serviços públicos devem ser aplicados ao Registro Imobiliário, *mutatis mutantis*.

Há, também, todas as questões envolvendo bens imóveis públicos; a alienação e aquisição desses bens; a intervenção do Estado na propriedade privada, através de institutos como a desapropriação, o tombamento, as servidões administrativas etc.

E, para tocar em um equívoco comum, os serviços notariais e registrais não têm “clientes”, afirmação que se aplica mesmo aos notários, muito embora a eleição do notário seja livre. Os serviços notariais e registrais têm “utentes”, usuários de um serviço que, lembre-se, é público, daí porque cabe estudar os direitos e garantias que esses utentes têm em face dos notários e registradores, e também seus deveres.

Enfim, um vasto campo de aplicação e pesquisa cria um liame dos mais próximos entre estas duas áreas do direito.

8.3 *Direito civil*

Talvez a relação do direito registral imobiliário com o direito civil seja a mais reconhecida de pronto, mais até do que com o direito administrativo.

Isso porque o Registro de Imóveis, em uma análise mais apressada, não raro é até mesmo confundido como sendo um instituto pertencente ao direito privado. Conforme já estabelecemos no decorrer deste trabalho, pensamos que não é assim. O registro imobiliário é um instituto de direito administrativo em sentido amplo, próximo ao conceito da “jurisdição voluntária”, por tratar-se também de uma forma de administração pública de interesses privados.

98. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 7.

99. Idem, p. 56.

Mas em sua parte material, substancial, é claro que o Registro de Imóveis encontra sua área de atuação mais próxima com os institutos civilistas, na seara da atuação voluntária dos particulares, muito embora atualmente a atividade esteja passando por um grande processo de ampliação, como se vê das interações com o direito agrário, urbanístico, ambiental etc. Não há como negar, contudo, que a grande maioria dos atos jurídicos que acedem ao registro imobiliário ainda são os tradicionais negócios jurídicos e institutos civilistas.

8.4 *Direito urbanístico*

O direito urbanístico tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade e, para tanto, conforme ensina José Afonso da Silva,¹⁰⁰ busca sistematizar as normas relativas à disciplina dos espaços habitáveis.

Salta aos olhos a íntima relação dos seus institutos com o registro imobiliário, já que boa parte deles acabará adentrando nos álbuns registrais. Questões atinentes ao parcelamento do solo, zoneamento, uso e ocupação do solo, arruamentos, solo criado, “habite-se”, a inter-relação com o Estatuto das Cidades¹⁰¹ etc.

8.5 *Direito ambiental*

Podemos referir a *função ambiental* da propriedade imobiliária como um dos aspectos mais imprescindíveis a ser considerado atualmente. Não se concebe, em pleno século XXI, possa a propriedade imobiliária subsistir à parte de sua função ambiental, tanto a “natural”, quanto a “cultural” e outros consectários.

Daí que o Registro de Imóveis é, sem dúvida, a mais importante e eficaz ferramenta para permitir o controle e publicidade de aspectos ambientais incidentes sobre imóveis, tanto urbanos quanto rurais.

Este aspecto é tão fundamental e indispensável nos dias de hoje, que José Renato Nalini averba a necessidade inafastável da existência de uma Cadeira de *Direito Registral Ambiental*¹⁰² nas escolas de formação dos profissionais dessa especialidade delegada, proposta que subscrevemos sem pestanejar.

100. SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 11.

101. Lei 10.257/2001.

102. NALINI, José Renato. O ambiente e o registro de imóveis. In: CRIADO, Francisco de Asis Palácio; Melo, Marcelo Augusto Santana de; Jacomino, Sergio (coords.). *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

8.6 *Direito econômico*

Podemos repetir aqui o quanto se disse sobre a *função ambiental* da propriedade, que tem também, como se sabe, indisputável *função econômica*.

Portanto, cabe ao estudioso do direito registral imobiliário investigar a relação do sistema registral com a efetividade e concretude da função econômica da propriedade, que não pode ser colocada à margem das considerações feitas no âmbito do Registro Imobiliário, até porque o sistema registral constitui, sem dúvida, uma forma de intervenção do Estado na atividade econômica, ao exigir que a propriedade imobiliária privada se sujeite a certos requisitos registrares para constituir-se, para ser declarada, e para valer contra terceiros.

8.7 *Direito financeiro*

O Direito Financeiro trata, em essência, dos diferentes procedimentos dos quais o Estado se vale para conseguir os meios econômicos que precisa para realizar seus fins.

O registro é também, sem dúvida, um *serviço* prestado à população, porque sua utilização garante a proteção ao proprietário ou ao titular de direitos reais sobre imóveis de terceiros, porque uma vez tendo seu título registrado, esse titular poderá socorrer-se da tutela estatal caso seu direito seja violado.

E como esse serviço é *delegado* a particulares aprovados em concurso público, nesta seara cumpre meditar, também, sobre a questão do *equilíbrio econômico-financeiro* da atividade, através da remuneração dos delegatários, mediante o pagamento de emolumentos pelos usuários do serviço e outras questões daí derivadas, como as gratuidades impostas sobre a atividade, na maioria das vezes sem ressarcimento por parte do Poder Público.

É certo que a atividade notarial e registral é peculiar. Não haveria que se falar em aplicação do Direito Financeiro na gestão dos recursos, posto que a administração gerencial e financeira da atividade cabe ao Delegado, mas há que se pensar sim, segundo nos parece, na relação das notas e dos registros com o Direito Financeiro, já que a *percepção de receitas* é totalmente regulada pela Lei, e há a imposição de certas despesas e gratuidades.

Não se trata, pois, segundo nos parece, e inobstante algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais por vezes referirem, de “atividade empresarial”, já que extremamente vinculada.

Basta lembrar que cabe à União estabelecer as normas gerais para fixação dos emolumentos, conforme se vê do art. 236, § 2.º, da CF/1988, o que a União fez através da Lei 10.169/2000.

De acordo com o art. 1.º desta Lei, observadas suas normas gerais, cabe aos Estados e ao Distrito Federal fixar o valor dos emolumentos praticados pelos notários e registradores.

Isso, de todo modo, está em linha com a competência concorrente que a União e os Estados têm para legislar sobre Direito Financeiro, conforme se vê do art. 24, I, da CF/1988 .

8.8 *Direito tributário*

Com o direito tributário – que ganhou autonomia destacando-se do direito financeiro – relaciona-se o direito registral imobiliário notadamente por conta do dever que emerge do art. 289 da Lei de Registros Públicos, que dispõe que “no exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício”.

Em muitos sentidos o registrador é um dos maiores fiscais a serviço das Fazendas Públicas, e sobre ele pesa inclusive a solidariedade pelo não pagamento de tributos incidentes sobre os atos de seu ofício, conforme prevê o art. 134 do CTN .

Há, também, obrigações acessórias, como o dever de comunicar as Declarações de Operação Imobiliária, as conhecidas “DOIs”, exigir certidões negativas passadas por órgãos como a Receita Federal do Brasil e o INSS, quando o caso etc.

E, claro, as obrigações tributárias do próprio Registrador Imobiliário, no que pertine ao recolhimento das custas pagas pelos usuários, imposto de renda, as questões relativas ao ISS etc., sem esquecer que os emolumentos dos notários e registradores têm natureza jurídica de taxa, circunstância sempre merecedora de novos e aprofundados estudos.

8.9 *Direito notarial*

A atividade notarial e a registral são, em largo sentido, “irmãs”. Ou, talvez, melhor seria dizer que a atividade registral imobiliária é “filha” da atividade notarial.

Historicamente é possível realizar uma leitura no sentido de que os registradores – ou a atividade registral imobiliária – surgiu como uma especialização tardia da atividade notarial, instituição que começou a ser melhor sistematizada a partir do direito romano, mas cujas origens remontam mesmo às origens primevas do Direito.

Nos dias atuais, no Brasil, as duas instituições continuam tendo o mesmo tratamento jurídico-constitucional, o mesmo regime jurídico, o mesmo estatuto-base, que é a Lei 8.935/1994, mas seus objetos são muito diferentes.

Pode-se falar em um “direito notarial e registral” no que concerne à parte administrativa, orgânica e, em grande medida, também a parte formal, mas a partir desse ponto as duas áreas distanciam-se.

Diz-nos Leonardo Brandelli que o direito notarial “é o aglomerado de normas jurídicas destinadas a regular a função notarial e o notariado. É o conjunto de normas que jurídicas que regulamentam o agente realizador da função notarial, bem como a própria função por ele exercida no desempenho de sua atividade profissional”.¹⁰³

No regime jurídico brasileiro, assim como o registrador imobiliário, o notário também empresta aos atos nos quais intervém publicidade, segurança, autenticidade e eficácia, e também realiza “administração pública de interesses privados”. Mas os escopos da atividade notarial são outros, voltados ao aconselhamento jurídico das partes, com imparcialidade,¹⁰⁴ com vistas a que elas não apenas manifestem livremente sua vontade, como, dentre os vários remédios jurídicos disponíveis para suas necessidades, optem pelo que melhor atenderá às suas circunstâncias específicas.

Para tanto, e na dicção do direito positivo brasileiro,¹⁰⁵ cabe-lhe formalizar juridicamente a vontade das partes e intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo.

Além disso, o notário tem competência legal para *autenticar fatos*, ou, noutros termos, tem uma *função autenticadora*.¹⁰⁶

103. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

104. E aqui está, segundo pensamos, o “locus” aonde a assessoria notarial diferencia-se essencialmente da prestada por advogados: o notário não está a serviço de nenhuma das partes, mas sim atuando por delegação do Estado, buscando exercer uma “policia jurídica” do ato, com o fim de que o mesmo traga “paz jurídica” às partes, através dos atos e negócios jurídicos que formalizarem, devendo atuar inclusive no sentido de igualar os desiguais, caso uma das partes seja hipossuficiente em face da outra.

105. Art. 6.º da Lei 8.935/1994.

106. Em menor escala, o Registrador também tem essa função autenticadora. *Brevitatis causae*, lembramos aqui da chamada inspeção registral, que é a vistoria in loco realizada pelo registrador nos procedimentos de retificação administrativa (arts. 212 e ss. da Lei 6.015/1973).

Mas, claro, a ligação do direito registral imobiliário com o direito notarial, além do compartilhamento do regime jurídico, é mesmo umbilical, já que boa parte dos atos que podem aceder aos álbuns registrais deve ser formalizado por escritura pública.

8.10 Direito penal

Para efeitos penais, o registrador é considerado funcionário público.

Assim, o registrador imobiliário pode, em princípio, praticar condutas tipificadas como crime no Código Penal . Pense-se, por exemplo, no crime de Falsidade Ideológica (art. 299 do CP), ou no crime de Revelação de Segredo Profissional (art. 154 do CP).

8.11 Direito processual

Com o direito processual, principalmente o civil e em certa medida também o trabalhista, o Registro Imobiliário relaciona-se em vários aspectos envolvendo a confecção de títulos judiciais que acederão aos seus álbuns, como os Formais de Partilha e Cartas de Arrematação.

É também do cotidiano do registro imobiliário receber mandados variados dos juízes de direito, determinando desde os atos mais comuns, como as penhoras, arrestos e sequestros, até medidas cautelares diversas, bloqueios de matrículas, indisponibilidades de bens, especializações de hipoteca, retificações de registro, atos diversos oriundos da jurisdição voluntária etc.

No processo penal lembramos os arrestos e hipotecas previstas expressamente no Código de Processo Penal .

Nesta área temos o sempre instigante tema relacionado aos limites da qualificação registral de títulos judiciais.

Uma relação importante entre essas duas áreas se dá na concepção de que, em essência, o direito processual atua quando há o conflito estabelecido, enquanto que o direito registral imobiliário, no que lhe compete, busca a prevenção para que o litígio não chegue a se instalar.

8.12 Direito agrário

O direito agrário tem por objeto essencial o “imóvel rural”, daí resultando uma íntima relação com o direito registral imobiliário e as peculiaridades registrais atinentes aos imóveis rurais.

Devem ser investigados aqui a relação do registro com o cadastro territorial rural, matéria sempre tormentosa. Temos também a matéria relativa ao georre-

ferenciamento de imóveis rurais, introduzida pela Lei 10.267/2001; a questão da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros; a registrabilidade ou não de contratos típicos do direito agrário, como a parceria agrícola e o arrendamento; parcelamento de imóvel rural, incluindo loteamentos e regularização fundiária de imóveis rurais; questões ambientais específicas dos imóveis rurais, como a sempre lembrada reserva legal etc.

Tema muito relevante porque muito frequente é o registro e averbação das cédulas de crédito rural.

8.13 *Direito internacional privado*

De forma bastante singela, podemos dizer que o Direito Internacional Privado trata de estabelecer quais leis aplicam-se aos casos que têm conexões com mais de um país.

A relação com o direito registral imobiliário se dá principalmente nas normas emanadas da Lei de Introdução ao Código Civil, mas há também normas até mesmo na Constituição Federal, como, por exemplo, o art. 5.º, XXXI, que determina que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil, será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

Não podemos deslembrar também o “Código de Bustamante”, adotado pela 6.ª Conferência Pan-Americana, reunida em Havana, em 1928, que foi ratificado no Brasil através dos Decretos 5.647 e 18.871, ambos de 1929.

9. O ENSINO SUPERIOR DO DIREITO REGISTRAL

No estudo do direito registral imobiliário verificamos que o mesmo ainda se encontra fora dos currículos das universidades, muito embora já existam vários cursos de pós-graduação nesta área.

Essa é uma deficiência que já reclama correção há tempos. Basta pensar que boa parte dos operadores de outras áreas do direito se deparam, cedo ou tarde, com a necessidade de enfrentar questões registrares-imobiliárias.

Na área de famílias e sucessões, casamentos, divórcios, óbitos, partilhas, têm na maioria absoluta das vezes repercussão patrimonial sobre imóveis. Processualistas precisam lidar com as penhoras, arrestos, sequestros, arrematações etc.

Quem atua de maneira geral no contencioso em diversas oportunidades terá que celebrar transações que envolvam imóveis no acertamento de questões financeiras entre os litigantes.

Enfim, não é necessária muita criatividade para imaginar que diversos operadores do direito, em suas diversas áreas, se beneficiariam com a existência de uma cadeira de direito registral-imobiliário (e também notarial) nas graduações, daí porque bem pontua Álvaro Melo Filho¹⁰⁷ que “nesse contexto, os cursos jurídicos não podem continuar refratários e indiferentes à relevância do direito registral imobiliário”, sob pena de “operacionalizar um projeto pedagógico distanciado do mercado do trabalho”.

De fato, para que o ensino do direito seja efetivo nas universidades, ele deve guardar a máxima proximidade possível com o mundo da prática. Torna-se indispensável, nesse sentido, que os alunos recebam um arcabouço teórico mínimo para prepará-los para enfrentar o grande cipoal legislativo acerca do tema, capacitando-os a conhecer, acompanhar e interpretar as muitas leis, normas, e suas frequentes alterações.

Há que se reconhecer que o estudo desta matéria ainda é recente, e ainda carece de uma maior sistematização. Sentimos falta notadamente de uma “teoria geral do direito registral imobiliário”.

Creemos que o arcabouço doutrinário que ainda deixa muito a desejar se reflete no legislador e no julgador, que muitas vezes seguem caminhos que desprestigiam o direito registral.

O direito registral carece, portanto, de ensino em nível superior sistematizado e de boa qualidade.

Colaciono aqui as palavras de José Renato Nalini, atual Corregedor Geral da Justiça e, por conseguinte, dos serviços notariais e registrais paulistas que, embora falando especificamente do advento da Lei 11.441/2007, que trata das partilhas extrajudiciais, tocou no ponto da necessidade de criação de uma “Escola de Formação do Notário e do Registrador”:

“(...) Para o futuro próximo, a tendência inaugurada pela Lei Federal 11.441, de 04.01.2007, poderá representar auspiciosa perspectiva para o notário e o registrador. A depender dos resultados dessa transferência de atividades de jurisdição voluntária aos juízes da pacificação, outras funções poderão vir a ser exercidas pelos delegados do serviço. A par de um funcionamento convencional, com o aprendizado de conteúdos teóricos e práticos, a Escola de Formação do Notário e do Registrador precisará constituir-se em verdadeira usina de criatividade. O estudo aprofundado e o descortino da situação nacional poderão sugerir inúmeras outras esferas de atuação para o notariado e os

107. MELO FILHO, Álvaro. Op. cit.

registros. Tudo o que representar alívio para a imensa carga de trabalho hoje cometida ao Judiciário será benéfico à Justiça.”

Em face, portanto, não só das tradicionais e importantíssimas atribuições que têm os notários e registradores, mas também das novas que tem sido cometidas à atividade, e das que de futuro provavelmente serão, aumenta a necessidade de sólida formação acadêmica, para que esses profissionais possam contribuir de maneira decisiva para auxiliar o Poder Judiciário e atender às expectativas da sociedade.

Para tanto, deve-se estimular o estudo e o pensamento crítico-reflexivo da atividade, em ordem a evitar riscos muitos comuns no estudo do direito em geral, mas particularmente presentes, segundo nos parece, no direito registral imobiliário. Nos referimos, aqui, ao uso de metodologias de ensino que enfatizam o dogmatismo apático, com um apego a uma cultura de “respostas prontas”.

Isso em razão do fato de que a atividade, mais do que outras, ser fortemente influenciada por normatizações bastante minuciosas, que são de observação obrigatória por parte de notários e registradores. Isto gera uma sensação de que o estudo do direito registral imobiliário esgota-se na “resposta pronta” fornecida pela normatização.

Há aqui dois grandes aspectos que precisam ser desmistificados. O primeiro é lembrar que as normas, como qualquer dispositivo legal, demandam interpretação e aplicação. É dizer: como qualquer texto – e texto prescritivo que são – há que se buscar o sentido e o alcance de cada uma delas. Não há como deixar de reconhecer que para sua compreensão devem ser aplicadas regras de hermenêutica normalmente.

A Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que sempre tem servido de inspiração para o restante do País, expressou isso de forma merecedora de nossos aplausos com a edição do Provimento CG 11/2013, que introduziu alterações nas suas “Normas de Serviço”, dentre as quais o novel item 1.9 explicitamente consigna que “os Oficiais de Registro de Imóveis gozam de independência jurídica no exercício de suas funções e exercem essa prerrogativa quando interpretam disposição *legal ou normativa*” (itálico nosso).

Como não poderia deixar de ser, nesse mesmo dispositivo normativo fica previsto que condutas dolosas, ou praticadas com imprudência, negligência ou imperícia constituirão infração disciplinar. É certo que, profissionais do direito que são, não é mesmo de se aceitar “interpretações” abusivas ou que constituam erros grosseiros. Se há algo que se espera de um profissional do direito, de qualquer área jurídica, é bom senso e equilíbrio.

Portanto, espera-se dos aplicadores imediatos do direito registral imobiliário, e também dos seus órgãos censório-fiscalizatórios em todo o País, que construam interpretações que permitam efetivamente atender às necessidades sociais que encontram no Registro Imobiliário suas soluções.

O direito, em qualquer área, não pode estar dissociado do seu valor maior, que é ordenar a convivência humana de maneira razoável e com eficácia. Resultados hermenêuticos que não deem rendimento efetivo à boa ordenação da convivência humana não devem ser prestigiados.

Mas aqui cabe fazer um pausa, para dizer que não se está fazendo a apologia de malabarismos exegéticos ou mágicas hermenêuticas. Qualquer operador do direito sabe que, com honestidade intelectual, há pontos-limites em que a melhor aplicação das técnicas hermenêuticas chega que não podem ser ultrapassados sem alteração legislativa ou normativa.

Devemos lembrar que notários e registradores devem obediência às normas técnicas fixadas pelos Juízos Corregedores, e todos devem obediência às leis.

Mas também chegamos ao segundo ponto que importa desmistificar no estudo do direito registral imobiliário.

No estudo desse ramo do direito não se pode reduzi-lo exclusivamente à atividade dos registradores.

O que se quer dizer com isso? Ora, se os registradores em grande medida têm sua atuação vinculada às prescrições normativas, cabe também aos advogados, membros do ministério público, juízes, procuradores, professores etc., que se interessam pelo tema, darem sua contribuição doutrinária propondo caminhos hermenêuticos e eventuais alterações legislativas e normativas.

Além disso, como a normatização da atividade é pulverizada no País, havendo desde a atuação cada vez mais presente do Conselho Nacional de Justiça, e também das Corregedorias de cada um dos Estados da Federação, e ainda do Distrito Federal, não podemos perder de vista que o direito registral imobiliário é um direito nacional, e não apenas regional.

É claro que no âmbito dos Estados-membros, cada Corregedoria pode e deve normatizar as atividades dos registradores, mas o estudo científico do direito registral imobiliário, para ser realmente frutífero, não pode ficar adstrito apenas à normatização de São Paulo, ou do Rio Grande do Sul, ou de Minas Gerais, mas os pensadores desta área do direito tem que investigar todo o arcabouço nacional legislativo, normativo e jurisprudencial dessa matéria.

Daí porque o bom estudo superior do direito registral imobiliário, crítico-reflexivo, profícuo na produção doutrinária, na sugestão de soluções, de novos caminhos, não deveria, a nosso aviso, de forma alguma, ter um corpo docente buscado apenas, ou até mesmo em sua maioria, dentre os registradores

imobiliários. Não há dúvidas que são todos grandes profissionais e profundos conhecedores do direito, mas existe sempre uma possibilidade de que eles, por exercerem “durante o expediente” sua atividade de maneira fortemente vinculada à normatização vigente, direcionem seu pensamento acadêmico sem a necessária liberdade investigativa.

Por certo haverá módulos e temas de estudo mais dogmáticos, mas os professores do direito registral imobiliário – inclusive os eventuais registradores – devem sempre ter em mente a pesquisa para além das leis, normas ou das interpretações vigentes, buscando não apenas ensinar as “soluções prontas” dos conjuntos normativos, mas principalmente as potencialidades do registro imobiliário.

Deve-se buscar uma, diríamos nós, “sintonia fina”, para que não haja, é claro, um estudo pautado por abstração pura, sem referência prática, o que nos faria cair no erro do academicismo, mas tampouco deve-se pautar tais estudos por uma prática pura, sem referências conceituais, o que nos levaria a um burocratismo, na feliz expressão de Álvaro Melo Filho.¹⁰⁸

Por isso, os estudiosos do direito registral imobiliário não devem deixar de lado a “indissolúvel relação entre a ciência e a técnica jurídicas, entre a norma e a realidade, entre o direito registral imobiliário legislado e o aplicado, impondo-se-lhe optar por métodos pedagógicos que valorizem e estimulem as capacidades de raciocínio, de espírito crítico, de investigação e de elaboração conceitual”.¹⁰⁹

Para encerrar este tópico, recorro de novo ao mesmo autor acima referido, para quem:

“(...) o ensino do direito registral imobiliário não pode ficar jungido a um modelo didático que proporciona um conhecimento meramente descritivo da ordem jurídica e uma desumanizada aplicação técnico-burocrática do direito. Por isso impõe-se, sem medos e hesitações, rever dogmas jurídicos e tabus metodológicos, oxigenar as instituições e sintonizá-las com a vida contemporânea, a exigir dos professores uma jus-pedagogia dinâmica, flexibilizada e atualizada, visando a tornar os alunos do direito ‘um pouco bandeirantes e muito garimpeiros.’”¹¹⁰

10. O FUTURO: O ESTATUTO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA

O Direito das Coisas é provavelmente o sub-ramo mais tradicional do Direito Civil. Grande parte de seus institutos remontam ao Direito Romano.

108. Idem.

109. Idem.

110. Idem.

Apesar dessa tradição milenar, e que muito contribuiu para a estabilidade das relações jurídicas, pensamos que chegou o momento de meditarmos no sentido de que a normatização atual, apenas, da forma como delineada no Código Civil, muito provavelmente já não atende mais à necessidade de sistematização da matéria para uma melhor compreensão e aplicação da mesma.

Lembramos que estamos aqui nos referindo exclusivamente à propriedade imobiliária, que hoje está cada vez mais regulada por legislações especiais com profundo impacto sobre seu estatuto jurídico.

Há questões de Direito Agrário. Há questões de Direito Ambiental. Temos o Estatuto das Cidades e outras normas urbanísticas. Temos vastas e sérias questões envolvendo Regularização Fundiária.

Enfim, pensamos que chegou ou logo chegará o momento em que se fará necessário um esforço para ordenar e sistematizar essas matérias, e do ponto de vista pedagógico, didático e científico, seria muito melhor rompermos um paradigma de que o regramento da propriedade imobiliária tem que estar necessariamente inserto no Código Civil. Até porque essa afirmação hodiernamente nem é mais tão preponderante, como já apontamos, fazendo referência aos diversos outros diplomas que repercutem sobre a propriedade.

Isso não deveria ser tão surpreendente assim. No Brasil, assistimos vozes autorizadas, por exemplo, postulando a edição de um “Estatuto das Famílias”, retirando essa importante e fundamental matéria do seio estrito de uma codificação civil, em ordem a permitir uma melhor sistematização e valorização da mesma.

Mesmo com relação à nossa matéria, em muitos países ela tem vivido fora dos códigos fundamentais, ao menos no que pertine às leis hipotecárias, com vistas diretas ao fomento do crédito.¹¹¹

Que essa necessidade existe cremos que é possível aferir se pensarmos no *status juris* da propriedade imobiliária no Brasil. Quantas são efetivamente regulares do ponto de vista jurídico?

Sem pretensão, nesse momento, de esgotar as possibilidades relacionadas ao *status juris* da propriedade imobiliária no Brasil, pensamos que podemos apontar ao menos as seguintes situações:

(a) Temos propriedades completamente fora do sistema registral, que precisam ser atraídas para os álbuns reais, com o fim de efetivamente trazer publicidade e segurança jurídica para o tráfego imobiliário. É preciso pensar em

111. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 132.

instrumentos e ferramentas que permitam uma atuação mais proativa dos operadores do direito – notadamente os registradores – para buscar soluções para esse problema.

(b) Temos propriedades que constam dos registros imobiliários, mas estão eivadas de irregularidades das mais variadas, como violações aos princípios da especialidade objetiva e subjetiva, para ficar apenas em um exemplo. Do mesmo modo, cremos que o Registrador Imobiliário deveria dispor de mais instrumentos para contribuir de forma eficaz para o saneamento dessas deficiências.

(c) Propriedades públicas que também se encontram fora do sistema registral, um tema que também está a merecer maior reflexão por parte dos estudiosos do direito registral, posto que também a propriedade pública, afinal de contas, e talvez com maior razão, deve cumprir a função sócio-ambiental-econômica da propriedade, e para tanto o pressuposto mínimo é a individualização das propriedades, via matrícula no Registro de Imóveis, e identificação de suas destinações.

(d) Propriedades inscritas com todos os efeitos registrares regulares.

E toda essa matéria deve, ainda, contemplar o sistema registral da propriedade imobiliária, que é justamente a forma de operacionalizar e dar concretude aos vários institutos jurídicos que tratam dela.

Daí porque já há a necessidade de pensarmos sobre o conceito de “bens registrares”, e “bens não registrares”.

Apesar dos inegáveis avanços que o atual sistema registral imobiliário já garantiu à propriedade imobiliária no Brasil, o momento atual está a exigir essa nova reflexão, em face da profusão de diplomas legislativos cuja concorrência ao mesmo objeto muitas vezes causa problemas de difícil solução, para não cairmos no que já o legislador espanhol se preocupava em 1885, quando consignou na “Exposição de Motivos” do Real Decreto de 8 de agosto daquele ano, ao regulamentar o direito hipotecário naquele país, que dever-se-ia estar atento às reais necessidades da sociedade quanto à propriedade imobiliária, para não se construir sistemas que “ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad publica, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales”.

Por isso, ousamos propor que deve-se começar a pensar em um verdadeiro “Estatuto da Propriedade Imobiliária”, a ser feito sob direta inspiração e direção da “função socioeconômica-ambiental” da propriedade.

Esse Estatuto regularia de forma ordenada e sistematizada os vários institutos de direito material e de direito administrativo incidentes sobre a propriedade, e o instrumental de sua concretude, que é o Registro Imobiliário.

E, também com ousadia, teríamos aqui a consagração da função do Registrador Imobiliário, como o profissional do direito encarregado de dizer o direito sobre essas relações jurídicas, claro que sempre sob a possibilidade de revisão judicial, o que é até desnecessário lembrar.

Seria, então, o “Estatuto da Propriedade Imobiliária” o grande diploma-base do “direito registral imobiliário”.

Insistimos que essa proposta não deve causar espécie, porque os processos de codificação e descodificação fazem parte inseparável dos avanços da ciência jurídica. Conforme aponta Mario Luiz Delgado em obra de fôlego sobre essa tema,¹¹² a codificação é uma tecnologia jurídica que colima concentrar de forma racionalizada e sistematizada a legislação que se encontra, em um dado momento histórico, dispersa e multifacetada.

Daí a própria raiz etimológica da palavra “código”, que é proveniente do latim *codex*, que designava “a união material de vários elementos antes dispersos”. Modernamente, o “código” busca regular unitariamente um ramo do direito, contendo a disciplina fundamental desse ramo, de forma sistemática e científica, colimando atribuir coerência interna ao sistema.

Não se trata, assim, de singela *compilação* ou *coletânea*,¹¹³ que é a “mera reunião ou junção de diversos textos legais, tal como se encontram, em um único volume, adotando-se um determinado critério eleito pelo compilador”.¹¹⁴

Tampouco se resume a uma *consolidação*, que busca agrupar os textos legais vigentes de forma sistemática. Nesta modalidade, busca-se apenas proporcionar maior facilidade e segurança jurídica no manuseio dos diplomas legais, concentrando-os em um só lugar e extirpando as normas já revogadas, sobretudo aquelas revogadas tacitamente, para facilitar o trabalho do intérprete. Entre nós, podemos citar como exemplo a Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT .

Mas e quanto aos “estatutos”? Como aponta Mário Luiz Delgado,¹¹⁵ “são textos legais bastante semelhantes aos códigos, procurando disciplinar de

112. DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

113. Como, por exemplo, um Vade mecum.

114. *Idem*, p. 51.

115. *Idem*, p. 55.

modo completo e estanque uma determinada ordem de relações jurídicas. Implicam sempre na criação de direito novo, não se tratando de condensar normas preexistentes”. Temos vários exemplos no direito brasileiro, como o Estatuto das Cidades¹¹⁶ e o Estatuto da Criança e do Adolescente.¹¹⁷

Uma diferença característica entre um “código” e um “estatuto” é que o primeiro sempre busca sistematizar um ramo específico do direito, enquanto o segundo sistematiza um “tema”, mesmo se tiver que percorrer várias áreas do direito, o que é, precisamente, o aspecto que estamos defendendo aqui, já que a propriedade imobiliária hoje não é mais, segundo pensamos, um tema restrito ao direito civil. Bem longe disso, como apontamos, trafega hoje pelo direito ambiental, econômico, urbanístico, tributário etc.

Para os críticos desse movimento “para fora” do Código Civil, lembramos novamente que esse é o caminho natural do avanço da ciência jurídica. Partindo da tecnologia da “codificação”, é comum assistirmos processos de “descodificação”, que começam a se manifestar assim que um novo código é editado, em função das novas “crises jurídicas” que a sociedade vai produzindo.

Na sequência, começam a se proliferar novos diplomas legais com repercussão sobre as matérias tratadas nos códigos, até que em um determinado ponto limite, surge a necessidade de reorganizar e sistematizar novamente essas matérias, posto que a proliferação legislativa vai paulatinamente tornando incognoscível a normatização vigente. Daí se realiza um movimento contrário, de nova centralização e sistematização e, por conseguinte, de codificação.

A nosso aviso, o atual momento do “direito da propriedade imobiliária” reclama uma formatação jurídica no estilo “estatuto”, para regular essa matéria que está hoje muito dispersa e confusa. Isso não implica em um sacrifício ao Direito Civil, pois este continuará representado no estatuto pelas normas civilistas pertinentes. Apenas não estarão concentradas no Código Civil, que de todo modo continuará regulando vários aspectos essenciais também, como a formação do negócio jurídico tendo por objeto a propriedade imobiliária, já que matérias como a manifestação de vontade e seus vícios são de “direito civil geral”, tanto que regulamentadas na parte geral do Código.

O fato do qual não podemos fugir é que, conforme aponta Manuel Figueiras Dacal, “el progresivo aumento del nivel de complejidad de las sociedades avanzadas debe seguir necesariamente en su evolución los avances de la ciencia, y

116. Lei 10.257/2001.

117. Lei 8.069/1990.

exige un continuo proceso de reforma y modernización en todos los campos, y, por tanto, también en el de la seguridad jurídica”.¹¹⁸

O inegável aumento da complexidade das relações jurídico-imobiliárias já se resente, voltamos a enfatizar, do avanço da ciência jurídica para atender às novas necessidades de incremento da segurança jurídica. Daí porque teremos que nos debruçar sobre a necessidade de um “Estatuto da Propriedade Imobiliária”.

Bem aponta, nessa quadra, Angel Cristóbal Montes que:

“(…) O Direito Imobiliário contemporâneo não pode configurar-se com independência do registro da propriedade imóvel, pela simples razão de que a publicidade imobiliária evoluiu e consolidou-se na fórmula de registro que dota de novos e específicos efeitos às titularidades reais. Todo o Direito Imobiliário centraliza-se e gira em torno da publicidade registral, à qual veio a converter-se, como já foi considerado, em verdadeiro elemento integrador do próprio conceito de nossa disciplina.”¹¹⁹

Mas, enquanto isso, cabe ao doutrinador e ao aplicador do Direito se conscientizarem da necessidade de buscar caminhos exegéticos e jurisprudenciais para darmos concretude efetiva aos fins colimados pelo Direito Registral, imprimindo aos atos e negócios jurídicos imobiliários autenticidade, publicidade, segurança e eficácia, sob os auspícios da função socioeconômica-ambiental da propriedade imobiliária.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDEJO, José Luis Lacruz et alii. *Derecho inmobiliario registral*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CALERO, Francisco Javier-Sánchez; Arribas, Blanca Sánchez-Calero. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2013.
- CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- DACAL, Manuel Figueiras. La doctrina de Benthan y el sistema registral de seguridad jurídica. *Revista Crítica de Direito Imobiliário*, n. 699, año LXXXIII. Madrid: J. San José S.A., enero-febrero 2007.

118. DACAL, Manuel Figueiras. La doctrina de Benthan y el sistema registral de seguridad jurídica. *Revista Crítica de Direito Imobiliário*, n. 699, año LXXXIII, p. 82.

119. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 134.

- DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIP, Ricardo. Do conceito de direito imobiliário registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 27. p. 53. São Paulo: Ed. RT, jan.-jul. 1991.
- _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.
- _____. *Registros públicos (Trilogia do Camponês de Andorra)*. Campinas: Millennium, 2003.
- _____. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1971. t. 3, Derecho de cosas.
- GARCIA, José Manuel Garcia. *Derecho inmobiliário registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1988. vol. 1.
- HIGHTON, Elena I; VITALE, Angélica G. E.; ABREUT, Liliana E.; LARA, Ricardo J. Blanco. *La función notarial en la comunidad globalizada*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2005.
- LANERI, Fernando Fueyo. *Teoria general de los registros*. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- MARTINEZ, Jeronimo Gonzalez y. *Derecho hipotecário: origenes, sistemas y fuentes*. Madrid: Imprenta de Estanislao Maestre, 1924.
- MELO FILHO, Álvaro. Direito registral imobiliário: enfoque jus-pedagógico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 59. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.
- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 2008.
- NALINI, José Renato. O ambiente e o registro de imóveis. In: CRIADO, Francisco de Asis Palácio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; JACOMINO, Sergio (coords.). *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ORTIZ, Jose Maria Chico Y. *Estudios sobre derecho hipotecário*. Madrid: Marcial Pons, 1989. vol. 1.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUES, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas (atualizado com base no novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama)*. Campinas: Russell, 2003. vol. 1.
- SALLES, Venicio Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TERRA, Marcelo. O registro imobiliário no Estatuto da Cidade. *Registro de Imóveis: estudos de direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

VENTURA, Gabriel B. *Tracto abreviado registral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201.
- Princípio da legalidade e registro de imóveis, de Flauzilino Araújo dos Santos, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 301; e
- Princípios do direito registral imobiliário, de Álvaro Melo Filho, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 65.

REGISTRO DE IMÓVEIS ELETRÔNICO – RECOMENDAÇÃO CNJ 9/2003 EM DISCUSSÃO

SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito Civil pela Unesp. Especialista em Direito Registral pela Universidade de Córdoba, Espanha. Professor assistente do 1.º Curso de Pós-graduação lato sensu – Especialização em Direito Notarial e Registral Imobiliário da Escola Paulista da Magistratura do TJSP. Reitor da Universidade do Registro de Imóveis – Uniregstral. Membro da Comissão Especial para Gestão Documental do Foro Extrajudicial – Conarq. Ex-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib. 5.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, Capital.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Baixada a Recomendação 9/2013 pelo Conselho Nacional de Justiça, seus termos deverão ser discutidos no âmbito do GT SREI – CGJSP, criado pela Portaria CG 12/2013. Resenha crítica do documento com notas e indicações.

PALAVRAS-CHAVE: Documento eletrônico – Registro de Imóveis – Digitalização.

ABSTRACT: Recommendation On 9, 2013 by National Council of Justice, where its terms should be discussed under the GT SREI-CGJSP, created by Ordinance 12, 2013 CG. Critical review of the document with notes and indications.

KEYWORDS: Electronic Document – Real estate registry – Scanning.

SUMÁRIO: 1. Recomendação CNJ 9/2013; 1.1 Atos normativos – Competência; 1.2 Cópias de segurança – Normas estaduais e federais; 1.3 Digitalização x microfilme – Custos; 1.4 Prospectando os sentidos; 1.4.1 Titulares ou responsáveis; 1.4.2 Mantendo cópias de segurança...; 1.4.3 Cópias de segurança em *medias* alternativas; 1.5 Escopo da regra – Redação defectiva; 1.6 Cópias de segurança ou novo livro?; 1.7 Cópias de segurança ou novo livro – Bis?; 1.8 *Backup* na nuvem – Ameaça a dados e à privacidade; 1.9 Os dados são públicos – Os "softwares" *podem ser proprietários?*; 1.10 Repositórios confiáveis; 1.11 Concentração decisória em matéria regulamentar; 1.12 *Backup* remoto – Solução institucional – 2. Glossário.

Na condição de membro do GT-SREI-CGJSP, tocou-me secretariar os trabalhos em curso e oferecer elementos para as discussões internas.

Após o advento da Portaria CG 12/2012, de 25.02.2013, foi publicada a Recomendação 9 da Corregedoria Nacional de Justiça, sem data, firmada pelo Min. Francisco Falcão, endereçada aos serventuários encarregados dos serviços de notas e de registro, no sentido de que mantenham cópias de segurança de seu acervo.

A fim de proporcionar debates internos, a Recomendação 9, do CNJ, foi submetida a uma avaliação crítica, destacando-se os artigos em comentários que deverão servir de pauta para a próxima reunião do GT SREI-CGJSP.

As conclusões aqui ventiladas tiveram em mira o Registro de Imóveis, especificamente, embora algumas delas pudessem ser estendidas às demais especialidades.

Entendo que cada especialidade, em vista de suas particularidades, deverá acomodar as disposições desta Recomendação no que couber.

1. RECOMENDAÇÃO CNJ 9/2013

Dispõe sobre a formação e manutenção de arquivo de segurança pelos responsáveis pelas serventias do serviço extrajudicial de notas e de registro.

1.1 Atos normativos – Competência

O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Francisco Falcão, no uso de suas atribuições legais e constitucionais;

A competência para baixar atos regulamentares pelo Conselho Nacional de Justiça vem expressamente prevista no art. 103-B, § 4.º, I, da CF/1988, com redação dada pela EC 45, de 30.12.2004.¹

No âmbito de suas atribuições, o CNJ vem baixando atos normativos seja regulamentando preceitos da Lei de Registros Públicos, seja expedindo Recomendações, Provimentos e outros Atos Normativos destinados ao aperfeiçoamento

-
1. A constitucionalidade do preceito foi decidida, em decisão originária, sucedida de outras, pelo STF: ADIn 3.367-DF, rel. Min. Cezar Peluso. Para uma visão em profundidade do tema, consultar: TEIXEIRA, Nataly Angélica da Cruz. Registro de imóveis eletrônico – Competência regulamentar do Poder Judiciário. Breve excuro histórico sobre sua progressiva instituição no Estado de São Paulo. São Paulo: 2013, mimeo. Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura de São Paulo. Conferir também: JACOMINO, Sérgio. Registro eletrônico: a nova fronteira do registro público imobiliário. Parecer sobre o anteprojeto de regulamentação encaminhado pelo Ministério da Justiça. Sugestões colhidas na reunião de Diretoria do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. São Paulo, 2010. Disponível em: [http://goo.gl/S005S]. Acesso em: 09.03.2013.

mento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário, de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro (art. 8.º, X e XX, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça).

Em conclusão, parece-nos adequado e perfeitamente constitucional o Corregedor Nacional arrogar-se competência para baixar atos normativos relativamente aos serviços registrais.

1.2 Cópias de segurança – Normas estaduais e federais

Considerando as notícias de destruição de acervos em decorrência de acidentes naturais, acarretando a necessidade de restauração de livros;

A restauração de livros no Estado de São Paulo conta com expressa previsão normativa. Encontramos suas disposições no item 47 do Capítulo XIII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo.² Reza o dispositivo:

“47. O desaparecimento ou a danificação de qualquer livro deverá ser imediatamente comunicada ao Juiz Corregedor Permanente e à Corregedoria Geral da Justiça.

47.1. Autorizada pelo Juiz Corregedor Permanente, far-se-á, desde logo, a restauração do livro desaparecido ou danificado, à vista dos elementos constantes dos índices, arquivos das unidades do serviço notarial e de registro e dos traslados e certidões exibidos pelos interessados.”

O Conselho Nacional de Justiça igualmente prevê regras para restauração de livros dos Registros Públicos e Notas. Trata-se do Provimento 23, baixado pelo Corregedor Nacional, Francisco Falcão.³

“Art. 1.º O extravio, ou danificação que impeça a leitura e o uso, no todo ou em parte, de qualquer livro do serviço extrajudicial de notas e de registro deverá ser imediatamente comunicado ao Juiz Corregedor, assim considerado

2. Provimentos CGJ 5/1999 e 39/2012. A falta de comunicação de extravio de livros para efeito de sua restauração representa falta disciplinar punível, como se verifica no Processo 1.644/1996, parecer de 07.04.1997 de lavra de Marcelo Martins Berthe, aprovado em 08.04.1997 pelo Des. Márcio Martins Bonilha.

3. Provimento CNJ 23, de 24.10.2012, DJ 26.10.2012, baixado pelo Corregedor Nacional, Francisco Falcão.

aquele definido na órbita estadual e do Distrito Federal como competente para a fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, e à Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 2.º É vedada a abertura de nova matrícula para imóvel tendo como base apenas certidão de matrícula, de transcrição, ou de inscrição expedida pela mesma unidade do serviço extrajudicial de registro de imóveis em que a nova matrícula será aberta, sem que se promova a prévia conferência da existência e do inteiro teor da precedente matrícula, transcrição ou inscrição contida no livro próprio.

Parágrafo único. Em se tratando de registro anterior de imóvel efetuado em outra circunscrição, aplicar-se-á para a abertura de matrícula o disposto nos artigos 229 e 230 da Lei 6.015/1973, com arquivamento da respectiva certidão atualizada daquele registro.

(...)

Art. 6.º A autorização para restauração de livro do serviço extrajudicial de notas e de registro, extraviado ou danificado, deverá ser solicitada, ao Juiz Corregedor a que se refere o artigo 1.º deste Provimento, pelo Oficial de Registro ou Tabelião competente para a restauração, e poderá ser requerida pelos demais interessados.

Parágrafo único. A restauração poderá ter por objeto o todo ou parte do livro que se encontrar extraviado ou deteriorado, ou registro ou ato notarial específico.

Art. 7.º Uma vez autorizada pelo Juiz Corregedor competente, se for possível à vista dos elementos constantes dos índices, arquivos das unidades do serviço extrajudicial de notas e de registro e dos traslados, certidões e outros documentos apresentados pelo Oficial de Registro, ou pelo Tabelião, e pelos demais interessados, a restauração do livro extraviado ou danificado, ou de registro ou ato notarial, será efetuada desde logo pelo Oficial de Registro ou pelo Tabelião.

Art. 8.º Para a instrução do procedimento de autorização de restauração poderá o Juiz Corregedor competente requisitar, de Oficial de Registro e de Tabelião de Notas, novas certidões e cópias de livros, assim como cópias de outros documentos arquivados na serventia.”

Considerando a necessidade de manutenção de arquivo de segurança, para melhor preservação dos livros e documentos que compõem o acervo da serventia;

A Recomendação 9 se inscreve entre as responsabilidades e atribuições do CNJ na regulamentação da Lei 11.977, de 2009.

Em várias passagens da norma há alusão à sua ulterior e necessária regulamentação (arts. 37, 38 e 40 da Lei 11.977/2009). Especialmente o art. 40 da Lei 11.977/2009 trata das cópias de segurança de documentos e de livros escriturados de forma eletrônica.

Veremos nos comentários abaixo, que *forma eletrônica* abarca as suas espécies – natodigitais e representantes digitais*.⁴

1.3 Digitalização x microfilme – Custos

Considerando a existência de sistemas de informatização que possibilitam a formação e manutenção de arquivo de segurança em formato eletrônico ou em mídia digital, com custos inferiores ao tradicional sistema de microfilmagem;

Entre as *consideranda* acha-se a afirmação de que a manutenção de arquivos de segurança em formato eletrônico tem “custos inferiores ao tradicional sistema de microfilmagem”.

Esta premissa é discutível. Dificilmente um bom sistema de gerenciamento de documentos armazenados em meios eletrônicos digno desse nome será menos custoso que um bom sistema de microfilmagem. Bastaria lembrar que a grande maioria dos cartórios brasileiros domina e mantém a tecnologia da microfilmagem, com reprodução de filmes de segurança armazenados em locais distintos, sem que o domínio dessa tecnologia representasse ao longo do tempo grandes investimentos.

Será assim com bons sistemas de armazenamento em meios eletrônicos ou digitais?

Se admitirmos que os repositórios digitais vão acolher os *representantes digitais** (documentos simplesmente digitalizados) e os natodigitais, veremos que a gestão desses repositórios eletrônicos são caríssimos. Bastaríamos pensar nas

4. Vamos utilizar as expressões consagradas pela ciência documentarista, especialmente as normas técnicas baixadas pelo Conarq – Conselho Nacional de Arquivos. Vide, ao final, glossário com as expressões aqui utilizadas. Os verbetes são assinalados com o sinal “*”.

sucessivas e necessárias migrações toda vez que o suporte de tais repositórios se modificam.

A propósito do tema, assim se manifestou Fernando P. Méndez González, em entrevista concedida ao Observatório do Registro, ainda inédita:

“La tecnología actual no garantiza la conservación de la información en soporte electrónico. Si las inscripciones se hacen en ese soporte, entonces, cada diez o quince años hay que hacer volcados masivos de todo el archivo registral a un nuevo soporte para que la información no se degrade. Es lo que los técnicos llaman *migración periódica*. Ello plantea tres problemas: (1) Aumentan considerablemente los costes de conservación de la información, además de manera innecesaria; (2) Se pierden datos porque ningún volcado de datos es fiable al 100%, lo que ningún sistema registral se puede permitir porque significa ‘perder derechos’; (3) Es necesario ‘re-firmar’ el nuevo archivo, ¿Quién se atreverá a ello sabiendo que se pierden datos en cada volcado?”

A questão central que guarda toda a problemática de constituição de acervos digitais de documentos de preservação permanente – como são os livros e documentos arquivados nos Registros Públicos – é a questão da integridade e de autenticidade desses documentos.

Nas *Diretrizes para a presunção de autenticidade de documentos arquivísticos digitais*, anexas à Res. Conarq 37/2012, o tema é posto em destaque:

“A autenticidade dos documentos arquivísticos digitais é ameaçada sempre que eles são transmitidos através do espaço (entre pessoas e sistemas ou aplicativos) ou do tempo (armazenagem contínua ou atualização/substituição de *hardware/software* usados para armazenar, processar e comunicar os documentos). Como a guarda de documentos arquivísticos digitais é inexoravelmente ameaçada pela obsolescência tecnológica, a presunção da sua autenticidade deve se apoiar na evidência de que eles foram mantidos com uso de tecnologias e procedimentos administrativos que garantiram a sua identidade e integridade (componentes da autenticidade); ou que, pelo menos, minimizaram os riscos de modificações dos documentos a partir do momento em que foram salvos pela primeira vez e em todos os acessos subsequentes.”⁵

A gestão do binômio *espaço-tempo* é fator de aumento de custos pelas complexas atividades que cercam a conservação dos atributos originais dos docu-

5. Res. 37, de 19.12.2012 – Aprova as Diretrizes para a Presunção de Autenticidade de Documentos Arquivísticos Digitais. Disponível em: [<http://goo.gl/y1xYL>]. Acesso em: 10.03.2013.

mentos arquivados em suportes digitais. Esse fator é conhecido como *custódia ininterrupta**.

O armazenamento de documentos digitais coloca em cena dois elementos próprios dos documentos – autenticidade e autenticação⁶ – com o problema adicional quando a transmissão desse acervo se dá no tempo e em razão de mudanças nas plataformas informacionais de base. O mesmo documento já citado aponta para o problema:

“Uma boa utilização da assinatura digital se dá quando os documentos digitais são transmitidos no espaço, ou seja, entre pessoas, sistemas ou aplicativos, de forma a permitir um ambiente de confiabilidade nas transações. No Brasil, o valor legal da assinatura digital foi reconhecido.

No entanto, as técnicas de autenticação baseadas em tecnologia não são efetivas para a transmissão dos documentos no tempo, ou seja, quando são armazenados no longo prazo ou quando há atualização/substituição de *hardware*, *software* ou formatos.

Isto porque, em virtude do seu objetivo e de sua forma de funcionamento, as assinaturas digitais não podem ser migradas para as novas cadeias de bits resultantes da conversão dos documentos para outros formatos de arquivo.”⁷

Em suma, é necessário, para validar tal premissa, que se conheça em que consistem os *sistemas de informatização* que possibilitam a *formação e manutenção de arquivo de segurança em formato eletrônico* ou *em mídia digital*. Sem que se proceda dessa maneira, dificilmente se poderá afirmar que os sistemas eletrônicos são mais econômicos que o microfilme.

Salvo melhor juízo, não o são. Eventualmente, os processos micrográficos serão mais complexos, quando consideramos que qualquer *scanner* hoje disponível no mercado pode, em tese, digitalizar documentos com a mesma acurácia exigida pelas normas do Conarq.

Por fim, os acervos micrográficos, com mínimos cuidados devidos, são mantidos há décadas nos Serviços Registrais sem que se tenha notícia de perda de dados.

6. “A autenticidade”, rezam as Diretrizes referidas na nota 5, “é a qualidade de o documento ser verdadeiro, isto é, ser exatamente aquele que foi produzido, ao passo que autenticação é a declaração da autenticidade feita em um dado momento por uma pessoa autorizada para tal”. Não é o caso de descer a detalhes aqui, mas o autor já foi tentado a buscar a solução da boa e velha pública-forma para os documentos mantidos em meio eletrônico que dependam de migração e autenticação sucessiva. Se necessário, voltaremos ao tema oportunamente.

7. Idem nota 5.

Trata-se, enfim, de equívocos que nascem da sedução tecnológica que esse *admirável mundo novo* da informática suscita.

Resolve:

Art. 1.º Recomendar aos titulares e aos responsáveis pelas delegações do serviço extrajudicial de notas e de registro que mantenham cópias de segurança em microfilme, ou arquivo em mídia digital formado por imagens extraídas por meio de ‘scanner’, ou fotografia, ou arquivo de dados assinado eletronicamente com certificado digital emitido em consonância com as normas do ICP-Brasil, ou qualquer outro método hábil, que, em sua fase inicial, deverá abranger os livros obrigatórios previstos em lei para as suas respectivas especialidades.

1.4 *Prospectando os sentidos*

1.4.1 *Titulares ou responsáveis*

A recomendação se destina a quem se ache à frente da Serventia com atribuições legais de direção, administração e comando (art. 21 da Lei 8.935/1994).

1.4.2 *Mantendo cópias de segurança...*

O art. 1.º da Recomendação CNJ 9/2013 é defectivo. Recomenda-se que serventuários mantenham cópias de segurança... mas, do quê? Falta o complemento. A oração final – “que, em sua fase inicial, deverá abranger” faz presumir o objeto que não foi enunciado. Além do que será abrangido, o que deverá ser mantido em cópia? Sabemos que além dos livros obrigatórios, abrangidos na cópia de segurança, algo mais deverá sê-lo.

Admite-se que se devam manter cópias de segurança tanto de livros como de documentos, como se acha na *consideranda*.

1.4.3 *Cópias de segurança em medias alternativas*

As cópias poderão ser feitas *alternativamente* nos seguintes meios:

a) *Microfilmagem*. A microfilmagem não apresenta grandes dificuldades para se justificar a sua plena utilização como recurso de *backup* para fins de conservação do acervo documental, já que historicamente foi o meio utilizado para tanto. Os fundamentos legais são conhecidos: art. 25 da 6.015/1973; art.

1.º da Lei 5.433, de 08.05.1968; art. 1.º do Dec. 1.799, de 30.01.1996; e art. 41 da Lei 8.935/1994.

b) *Digitalização*. Imagens extraídas por meios de *scanner* ou fotografia. A digitalização oferece uma maior dificuldade para enquadramento legal. A previsão poderia se achar no art. 39 e seu parágrafo único da Lei 11.977/2009:

“Art. 39. Os atos registrais praticados a partir da vigência da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, serão inseridos no sistema de registro eletrônico, no prazo de até 5 (cinco) anos a contar da publicação desta Lei.

Parágrafo único. Os atos praticados e os documentos arquivados anteriormente à vigência da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, deverão ser inseridos no sistema eletrônico.”

O objetivo da Recomendação é a constituição de um arquivo de segurança para preservação dos livros e documentos que compõem o acervo das serventias extrajudiciais tendo em vista os recentes acidentes naturais que acarretaram a necessidade de restauração de livros.

A primeira questão que se coloca é a seguinte: os representantes digitais* devem ser assinados digitalmente?

Responde-se com a própria Recomendação: aparentemente, *a contrário* do § 2.º do art. 1.º – que excetua da formalidade tão somente o livro protocolo –, todos os demais devem ser assinados digitalmente. Não teria sentido trasladar o acervo tradicional de livros e documentos para os meios eletrônicos sem a garantia de autenticidade.

O conjunto normativo que deve ser agitado para fundamentar o disposto no art. 1.º desta Recomendação abrange as Lei 6.015/1973, Lei 8.935/1994, Lei 11.419/2006 e Lei 11.977/2009. Conjugando-se o disposto no art. 25 da Lei 6.015/1973 com os arts. 41 e 46 da Lei 8.935/1994, ilumina-se o já citado art. 39 da Lei 11.977/2009.

Vejamos em detalhe. O art. 25 da Lei 6.015/1973 estabelece:

“Art. 25. Os papéis referentes ao serviço do registro serão arquivados em cartório mediante a utilização de processos racionais que facilitem as buscas, facultada a utilização de microfilmagem e de outros meios de reprodução autorizados em lei.”

Já os arts. 41 e 46 da Lei 8.935/1994, rezam:

“Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução.

(...)

Art. 46. Os livros, fichas, documentos, papéis, microfimes e sistemas de computação deverão permanecer sempre sob a guarda e responsabilidade do titular de serviço notarial ou de registro, que zelará por sua ordem, segurança e conservação.”

As leis citadas referem-se a *meios de reprodução*. *Meios* são suportes destinados à fixação de quaisquer informações – papel, microfilme, discos magnéticos ou ópticos, dispositivos de memória *flash* etc. – todos são *meios de reprodução* e poderiam, em tese, servir para acolher os dados e informações.

Mas a Lei de Registros Públicos impôs uma clara condição: autorizou a utilização de “outros meios de reprodução *autorizados em lei*”. Ou seja, a utilização de quaisquer meios de reprodução deve ser prevista em lei. É assim com o *microfilme* (Lei 5.433/1968 e Dec. 1.799/1996), o mesmo com a mecanização do registro (art. 3.º, § 2.º, da Lei 6.015/1973) ou com os documentos eletrônicos assinados digitalmente (art. 10 da MedProv 2.200-2, de 2001). Deverá ser assim com *outros meios*.

Compreende-se que assim seja. A utilização de quaisquer meios de reprodução, com finalidades conservatórias, a exclusivo talante do serventuário, poderia colocar em risco os dados que, por sua própria natureza, são de caráter público e representam uma categoria muito especial de documentos – documentos públicos permanentes, como previsto no art. 8.º, § 3.º, da Lei 8.159/1991, que devem ser preservados indefinidamente. A natureza desses documentos e livros impõe aos registradores a sua guarda e conservação (arts. 24 e 26 da Lei 6.015/1973 e arts. 30 e 46 da Lei 8.935/1994).

Aqui entra em cena o que poderia, em tese, servir de calço legal e cumprir a regra do art. 25 da Lei 6.015/1973 no tocante à validade jurídica dos representantes digitais*. Trata-se do conjunto representado pelos arts. 11 e 16 da Lei 11.419/2006:

“Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1.º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2.º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3.º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2.º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4.º (*Vetado*)

§ 5.º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6.º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

(...)

Art. 16. Os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.”

O conjunto normativo reproduzido permite tirar algumas conclusões:

a) Os livros cartorários e demais repositórios eletrônicos poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico (art. 16 da Lei 11.419/2006).

b) O processo judicial poderá ser inteira ou parcialmente eletrônico, comportando a juntada de documentos digitalizados (art. 11 e seus parágrafos da Lei 11.419/2006).

c) Os documentos digitalizados poderão ser armazenados em meios eletrônicos.

d) Os serviços extrajudiciais são, por força constitucional (art. 103-B da CF/1988), considerados órgãos do Poder Judiciário, abrangidos, portanto, pelo art. 16 da Lei 11.419/2006.

Por fim, o já citado art. 39 da Lei 11.977/2009 estabelece o seu escopo e objeto. A lei refere-se a *atos registrais* praticados a partir de 1976 e atos e *documentos arquivados* anteriormente à data de vigência da Lei 6.015/1973.

Os atos registrais praticados a partir da atual Lei 6.015/1973 abrangem os atos praticados em todos os livros de registro (art. 173 da Lei 6.015/1973, para ficarmos tão somente com os livros do Registro de Imóveis).

Já a previsão de inserção de atos e documentos arquivados anteriormente abrangeria não só os livros, mas a todo o acervo documental a cargo dos Registros de Imóveis. Para uma visão ampla do acervo, consultemos o Capítulo V – *Da Conservação*, da Lei 6.015/1973. Neste capítulo encontramos não só referência aos livros de registro, mas a *fichas, documentos, papéis*, o que nos dá uma noção do complexo documental que se divide e classifica entre os documentos públicos identificados como correntes, intermediários e permanentes (art. 8.º da Lei 8.159/1991).

Mas o que se deve entender por *inserção* no “sistema de registro eletrônico”?

O destinatário da norma deverá ser conduzido numa exegese realista.

Em primeiro lugar, deve considerar que a Lei não especifica o que deva ser o registro eletrônico. Isso deverá ser objeto de especificação em regulamento (arts. 37, 38, 40 da Lei 11.977/2009).

Vimos, pelo conjunto normativo citado, que algumas referências já existem e que devem ser utilizadas como fundamento para uma norma realista que autorize a digitalização de documentos, livros e papéis, segundo uma classificação rigorosa e metódica, e que esses documentos digitalizados, com a marca de autenticação (assinatura digital do oficial), deverão ser acolhidos em repositórios eletrônicos, com a presunção que sustenta ter, tais documentos digitalizados, a mesma força probante que os originais, que não devem ser destruídos.

c) *Documento eletrônico assinado digitalmente (ICP-Br)*. Os documentos assinados digitalmente são os produzidos nos termos do art. 10 da MedProv 2.200-2, de 24.08.2001.

Estes documentos podem ser armazenados em repositórios eletrônicos e oferecem menor grau de complexidade para se sustentar a criação de arquivos de segurança, já que, por sua própria natureza – natodigitais –, militam, a seu favor, os atributos de autenticidade, integridade, confiabilidade e a regra do *não repúdio* – que significa, a grosso modo, que o autor não poderá negar ou repudiar a assinatura digital aposta no documento eletrônico que se reputa por ele firmado.⁸

Embora menos complexo que o processo de armazenamento de *representantes digitais**, o mesmo problema de transmigração desses dados, pelos complexos processo e dificuldades que suscita, aqui se renova. Não é um processo

8. Diz o art. 10, § 1.º, da MedProv 2.200-2: “As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – Código Civil”.

barato e não será satisfatoriamente realizado sem um alto investimento que somente um consórcio de cartórios poderá, quiçá, bancar.

d) *Qualquer outro método hábil.* Além dos anteriores, não se imagina que outro método poderia ser utilizado para realizar a cópia de segurança.

A única hipótese que nos ocorre é a utilização de métodos específicos para tratamento do acervo documental dos Registros de Imóveis, como o Sigad*, que pode e deve gerenciar simultaneamente os documentos digitais e os convencionais.⁹

Parágrafo 1.º Mediante opção do Tabelião ou do Oficial de Registro, a formação de arquivo de segurança dos Livros de Notas poderá abranger os livros escriturados a partir do ano de 1980. O arquivo de segurança dos Livros de Protesto poderá abranger os livros escriturados a partir do ano de 1995.

1.5 Escopo da regra – Redação defectiva

A redação é defectiva. Alude a Tabelião ou a Oficial de Registro, mas indica livros sob a guarda e a conservação tão somente de tabeliães de notas e de protestadores... Não há indicação de livros ou de documentos de Registro de Imóveis que pudessem ser conservados a partir de 1980.

Ainda que estejamos, aparentemente, fora do escopo da Recomendação, seria o caso de se perguntar: por quê a partir de 1980? Os livros lavrados anteriormente a esta data não mereceriam a mesma guarda e conservação?

A regra do art. 26 da Lei 6.015/1973 é de clareza meridiana: “Os livros e papéis pertencentes ao arquivo do cartório ali permanecerão indefinidamente”. Do mesmo jaez o art. 46 da Lei 8.935/1994, e o seu art. 6.º, II, da Lei 8.935/1994, versando sobre a conservação de documentos pelo tabelião de notas.

Parágrafo 2.º O arquivo de segurança dos livros de protocolo de todas as especialidades do serviço de notas e de registro poderá ser formado por meio informatizado, dispensada a assinatura digital e a reprodução de imagem.

9. Para maiores detalhes sobre o Sigad: Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão Arquivística de Documentos – e-ARQ Brasil, 2006. Disponível em: [<http://goo.gl/yYBAM>]. Acesso em: 10.03.2013.

1.6 Cópias de segurança ou novo livro?

Uma vez mais é preciso reconhecer que a redação não brinda a clareza que deve dimanar de documentos oficiais.

Falamos de arquivos de segurança. Teoricamente, o Livro Protocolo estaria abrangido no conjunto indicado no art. 1.º desta Recomendação. Mas o seu destaque parece indicar um tratamento diferenciado.

Estará a Recomendação aludindo à substituição do Livro Protocolo, formado pela manuscrição ou por processos mecanográficos (já tradicionais nas serventias), por modelo inteiramente informatizado?

Dispensam-se a assinatura digital e a “reprodução de imagem” – diz a Recomendação. Esta parte final estará a indicar que, formado o Livro Protocolo em meio inteiramente eletrônico, sem necessidade de aposição da firma digital, já não será necessário reproduzi-lo em papel e assiná-lo como rotineiramente se faz?

Em caso positivo, já não estaremos diante de um arquivo de segurança, mas de uma substituição de *medium* – o livro manuscrito e encerrado pelo Oficial (art. 185 da Lei 6.015/1973) por outro, digital, sem necessidade de reprodução em papel, nem assinatura eletrônica.

Ultrapassada esta questão, a Recomendação, embora clara, pode inocular o germe da insegurança jurídica, já que o livro protocolo do Registro de Imóveis prova a prioridade e esta gradua e define a preferência dos direitos reais – *prior tempore – potior iure*.

A regra da prioridade excludente leva à necessidade de comprovar, por meio do único livro hábil pra isso, a anterioridade no acesso dos títulos a registro. Pode se dar, teoricamente, a necessidade de se expedir certidão do Livro Protocolo para que se comprove a prenotação de título, a concorrência contraditória e a exclusão eventual pela regra da prioridade.

Como se dará a certidão de algo que não é autêntico? – a *rectius*, autoria consagrada pela regra de encerramento e subscrição pelo Oficial ou escrevente autorizado (arg. do art. 184 e 185 da Lei 6.015/1973)?

Em conclusão, a regra não é clara e certamente merece reparos.

Parágrafo 3.º O arquivo de segurança dos índices do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, do indicador pessoal do Registro de Títulos e Documentos (Livro D) e dos indicadores real e pessoal do Registro de Imóveis (Livros n.s 4 e 5) poderá ser formado por meio exclusivamente informatizado, dispensada a assinatura digital e a reprodução de imagem.

1.7 Cópias de segurança ou novo livro – Bis?

O mesmo lapso redacional ocorre aqui. Afinal, estamos diante de um arquivo de segurança – ou de simples substituição dos livros tradicionais por repositórios eletrônicos?

Inclino-me pela segunda.

Esta prática é rotineira nos cartórios, que já prescindem de redução, ao *medium* cartáceo, das anotações que se fazem eletronicamente e que, por força da Lei, deveriam ser feitas nos livros tradicionais manuscritos ou por meio de fichas (art. 179 e art. 180 da Lei 6.015/1973).

O problema naturalmente deve ser posto nos seguintes termos: sem a prévia regulamentação do que seja o livro de Registro Eletrônico, que se advinha pela redação do art. 40 da Lei 11.977/2009,¹⁰ não seria recomendável a modelagem de novos livros de registro, estendendo o rol do art. 173 da Lei 6.015/1973.

Aparentemente, estamos diante de recomendações acerca de requisitos de cópias de segurança e, além disso, de modelagem de novos livros escriturados de forma eletrônico.

Nesse caso, as *consideranda* desta Recomendação deveriam ser ajustadas para contemplar inteiramente o conteúdo de seu articulado.

Parágrafo 4.º Poderá ser dispensada, a critério do Oficial de Registro, a formação de arquivo de segurança do Livro “D – de registro de proclama” do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Registro Civil das Pessoas Naturais. Nada a comentar.

Art. 2.º Recomendar que o arquivo de segurança seja atualizado com periodicidade não superior a um mês e que ao menos uma de suas vias seja arquivada em local distinto da serventia, facultado o uso de servidores externos ou qualquer espécie de sistema de mídia eletrônica ou digital.

1.8 Backup na nuvem – Ameaça a dados e à privacidade

Uma vez mais somos obrigados a apontar inconsistências na Recomendação.

10. O disposto no dito artigo reza: “Serão definidos em regulamento os requisitos quanto a cópias de segurança de documentos e de livros escriturados de forma eletrônica”.

O art. 2.º representa uma séria ameaça à integridade e à inviolabilidade dos dados registrais e pode ocasionar uma exposição indevida de dados de caráter pessoal em meio que, por definição, é inseguro.

A publicidade registral, em regra aberta a todos (art. 17 da Lei 6.015/1973) passa a ser modulada por direitos tutelados pela ordem constitucional – como os direitos à privacidade e à intimidade. Os conteúdos do Registro de Imóveis são *cognoscíveis* e não franqueados livremente para escrutínio ilimitado. Há que se levar em consideração a legitimidade para requisição de informações em massa que os modelos de gestão eletrônica da informação propiciam.

Ora, facultar o uso de servidores externos, sem que possam ser auditados ou mesmo certificados pela autoridade competente, tal nos parece um risco. Um servidor externo pode localizar-se em São Paulo, ou em Porto Alegre, mas pode, igualmente, situar-se em Hong Kong ou Dallas, ou qualquer outra parte do planeta. As questões que se podem originar de conflitos pelo acesso indevido e utilização criminosa de informações registrais, competência jurisdicional etc., leva a questão a uma dimensão inaudita.

Art. 3.º Alertar que deverá ser formado e mantido arquivo de segurança dos documentos eletrônicos que integrarem o acervo da delegação do serviço extrajudicial, mediante “backup” em mídia eletrônica, digital ou outro método hábil à sua preservação.

A iteração de expressões como “mídia eletrônica, digital ou outro método hábil” parece indicar uma distinção que não ocorre, em regra, na prática. Mídia eletrônica ou digital é sinonímia. Melhor seria que a Recomendação se louvasse em termos que já se acham definidos na própria lei. Sirva-nos de exemplo a Lei de Informatização do Processo Judicial (Lei 11.419/2006) que assenta em verba explicativa o que seja meio eletrônico, assinatura digital ou eletrônica, repositório eletrônico etc.

Portanto, melhor seria se a Recomendação pudesse pautar-se por uma terminologia assente em lei ou definida por órgãos técnicos.¹¹

Por fim, considerando-se que o art. 3.º da Recomendação refere-se aos documentos eletrônicos não se entende o que possa representar outro método hábil de *backup* que não utilize a mídia eletrônica...

11. O Instituto de Tecnologia da Informação, órgão gestor da ICP-Brasil, disponibiliza em seu site o Glossário ICP-Brasil, em sua versão 1.2. Disponível em: [<http://goo.gl/HpCqL>]. Acesso em: 10.03.2013.

Art. 4.º Alertar que o arquivo de segurança integrará o acervo da respectiva serventia e deverá ser transmitido ao novo titular da delegação em caso de extinção da delegação anterior, ou ao novo responsável pela delegação, em conjunto com os *softwares* que permitam o seu pleno uso e atualização.

1.9 Os dados são públicos – Os “softwares” podem ser proprietários?

O alerta é pertinente e leva a importantes reflexões.

Os documentos eletrônicos assinados digitalmente – ou os representantes digitais* – são considerados, lato sensu, documentos eletrônicos.

Esses documentos, na verdade, se materializam como sucessão de *bits* em um meio qualquer – eletrônico, óptico etc. As características singulares desses arquivos levam a uma ordem de considerações que não devem ser desprezadas pelos gestores dos Serviços Registrais. Vale a pena reproduzir o que registram as *Diretrizes para a presunção de autenticidade de documentos arquivísticos digitais* do Conarq:

“As características físicas de documentos digitais, isto é, suporte e cadeias de *bits* neles registradas, podem mudar ao longo do tempo. A mudança de suporte não compromete a autenticidade do documento digital porque, nesse caso, diferentemente dos documentos não digitais, forma e conteúdo estão desvinculados do suporte. Com relação às cadeias de *bits*, em primeiro lugar é preciso esclarecer que, quando um documento digital é salvo, ele é desmontado em uma ou mais cadeias de *bits* que contêm os dados de forma, conteúdo e composição. Algumas estratégias de preservação digital, baseadas na conversão de formatos, implicam alteração das cadeias de *bits*. Essa alteração deve manter a forma do documento originalmente produzido, e com isso apoiar a autenticidade do documento digital.”¹²

O risco reside, justamente, na alteração que pode ocorrer nas cadeias de *bits*.

Ao recomendar que no caso de vacância os dados sejam transmitidos “em conjunto com os *softwares* que permitam o seu pleno uso e atualização” não se levou em conta que os sistemas (com utilização de *software* e *hardware* específicos) devam ser auditados e certificados por uma agência independente indicado pelos Registradores, por suas entidades de classe, *ad censura* do Poder Judiciário.

Lembremo-nos que o registro eletrônico foi colocado pela Lei 11.977/2009 sob a responsabilidade dos Registros de Imóveis:

12. Vide documento indicado na nota 5.

“Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.”

Competirá aos próprios registradores instituir o sistema de registro eletrônico, como se viu na lei, devendo contar com a regulamentação, indicada várias vezes no conjunto normativo, a cargo do Poder Judiciário, no âmbito de sua competência.¹³

Não se compreende que a Recomendação não tenha curado de indicar a necessidade de auditoria dos sistemas que geram, atualizam, mantêm, veiculam, circulam e eliminam dados que ao final e ao cabo representam informações de caráter público e que se acham sob a guarda e tutela dos registradores (art. 24 da Lei 6.015/1973).

É de se reconhecer que o registro de imóveis, embora seja uma instituição una e indivisível, cujo exercício se delega com repartição de atribuições e competência territorial, não deixa de apresentar assimetrias abissais, como as correições e inspeções realizadas pelo próprio CNJ revelaram. Não obstante, é necessário caminhar para o sentido de uniformização procedimental, que envolverá, obviamente, aspectos do registro eletrônico, em inteira consonância com a regra de direito formal que atribui a regulação nacional a cargo do órgão competente (art. 22, XXV, da CF/1988).

Não menos certo, finalmente, que a própria Recomendação sob comento excetua a regulamentação estadual e é disso, justamente, que trata este grupo de trabalho, instituído pela Portaria CG 12/2013 (art. 5.º, infra).

Fica a recomendação.

Art. 5.º Esclarecer que prevalecerão as normas e determinações das Corregedorias Gerais da Justiça, dos Juízes Corregedores ou Juízes competentes na forma da organização local, sobre a formação e guarda de arquivo de segurança, caso existentes.

1.10 Repositórios confiáveis

As normas de serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, em reforma recente, cuidaram de dispor sobre a matéria. Encontramos a disposição no item 26.1, Capítulo XIII das Normas de Serviço da CGJSP:

13. Indico, novamente, os trabalhos de: JACOMINO, Sérgio; TEIXEIRA, Nataly Angélica Cruz, citados na nota 1.

“26.1. Quando adotado o arquivamento de documentos sob a forma de microfilme ou em meio digital, o delegado manterá cópia de segurança em local diverso da sede da unidade do serviço, observado o já disposto neste item.”

Na expectativa de regulamentação, pela E. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, de disposições relativas ao registro de imóveis eletrônico, mister a previsão de adoção de padrões reconhecidos pelos órgãos encarregados de regulamentar a gestão arquivística para digitalização de documentos e preservação do acervo digital ou tradicional dos registros de imóveis.¹⁴

Trata-se de medida indispensável para a constituição de um repositório confiável* que não só abarque os arquivos representados pelos documentos natodigitais, como para acolhida dos representantes digitais* decorrentes da aplicação da Lei 11.977/2009.

Além do legado representado pelo acervo dos registros de imóveis, é necessário prever a recepção e o arquivamento de dados que integram o sistema de registro eletrônico em todas as suas dimensões ou módulos – seja na *penhora online*, no *ofício eletrônico*, nos *backups remotos*, nas *imagens de matrículas etc.* É necessário escrupuloso estudo para a classificação desse acervo para fins de estabelecer critérios arquivísticos aplicáveis a cada espécie de documentos que compõem o acervo registral – correntes, intermediários e permanentes, cada qual com um padrão pré-estabelecido pela autoridade competente.

É preciso, portanto, desenvolver uma política voltada para os aspectos relacionados com a preservação dos dados para a nossa e para as gerações futuras – o que foi feito admiravelmente bem pelos repositórios tradicionais que os Cartórios, como quiçá nenhuma outra instituição, da tarefa se desincumbiram com eficiência.

Art. 6.º Recomendar que, em 90 dias, as Corregedorias Gerais da Justiça promovam o levantamento das unidades do serviço extrajudicial de notas e de registro que não mantenham, ou não providenciarem nesse período o arquivo de segurança, e obtenham informações sobre as providências adotadas por essas unidades.

14. Recomenda-se a adoção das regras de boas práticas e recomendações do Conarq sobre a matéria, especialmente as *Recomendações para digitalização de documentos arquivísticos permanentes*. Disponível em: [<http://goo.gl/XCWIU>]. Acesso em: 11.03.2013.

1.11 Concentração decisória em matéria regulamentar

A medida nos parece adequada. A Arisp conta com a Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados e poderá oferecer suporte às necessidades dos pequenos Cartórios de Registro de Imóveis que não contam com repositórios confiáveis* para acolhimento dos representantes digitais* e para os seus dados que compõem o registro eletrônico.

Sugerimos que este grupo de trabalho possa encarregar-se de direcionar os estudos sobre o processo de formação do repositório eletrônico confiável a cargo da própria instituição registral, com base em regras baixadas pelo juízo competente (art. 30, XIV, da Lei 8.935/1994 c/c art. 37 da Lei 11.977/2009). E que se encarregue o grupo de trabalho de acompanhar a recomendação contida no art. 6.º sob comento.

Art. 7.º Determinar o encaminhamento de cópia desta Recomendação às Corregedorias Gerais da Justiça, inclusive para ciência aos responsáveis pelas unidades do serviço extrajudicial de notas e de registro e aos Juízes Corregedores, ou Juízes competentes na forma da organização local para a fiscalização dos serviços extrajudiciais de notas e de registro.

1.12 Backup remoto – Solução institucional

Sugerimos que o grupo de trabalho encaminhe requisição de informações à Central Arisp de Serviços Eletrônicos Compartilhados (correição on-line) para que se detalhe quantos cartórios aderiram aos serviços de *backup* remoto e quais as condições que a entidade oferece para acolhimento do acervo de todos os Registros de Imóveis do Estado de São Paulo.

É fundamental que os critérios adotados para a observância das Recomendações baixadas pelo CNJ sejam exaustivamente discutidos *interna corporis*, com acompanhamento da CGJSP, para que se adotem procedimentos seguros e adequados para a gestão do importante acervo representado pelos dados, livros, documentos, papéis a cargo dos Registrador de Imóveis do nosso Estado.

Brasília/DF,

Min. Francisco Falcão

Corregedor Nacional de Justiça

2. GLOSSÁRIO

Cadeia de custódia ininterrupta: Linha contínua de custodiadores de documentos arquivísticos (desde o seu produtor até o seu legítimo sucessor) pela

qual se assegura que esses documentos são os mesmos desde o início, não sofreram nenhum processo de alteração e, portanto, são autênticos.¹⁵

Repositório confiável: A trusted digital repository is one whose mission is to provide reliable, long-term access to managed digital resources to its designated community, now and in the future. Trusted digital repositories may take different forms: some institutions may choose to build local repositories while others may choose to manage the logical and intellectual aspects of a repository while contracting with a third-party provider for its storage and maintenance.

Whatever the overall infrastructure, however, to meet expectations all trusted digital repositories must.

- accept responsibility for the long-term maintenance of digital resources on behalf of its depositors and for the benefit of current and future users;
- have an organizational system that supports not only long-term viability of the repository, but also the digital information for which it has responsibility;
- demonstrate fiscal responsibility and sustainability;
- design its system(s) in accordance with commonly accepted conventions and standards to ensure the ongoing management, access, and security of materials deposited within it;
- establish methodologies for system evaluation that meet community expectations of trustworthiness;
- be depended upon to carry out its long-term responsibilities to depositors and users openly and explicitly;
- have policies, practices, and performance that can be audited and measured; and meet the responsibilities detailed in papers.¹⁶

Representante digital (digital surrogate): Representação em formato de arquivo digital de um documento originalmente não digital. É uma forma de diferenciá-lo do documento de arquivo nascido originalmente em formato de arquivo digital (*born digital*).¹⁷

15. Definição que se encontra nas *Diretrizes* citadas na nota 5.

16. A definição se encontra em *Trusted Digital Repositories: Attributes and Responsibilities. An RLG-OCLC Report*. Mountain View: RLG, 2002. Disponível em: [<http://goo.gl/LtaJP>]. Acesso em: 12.03.2013.

17. Res. 31, de 28.04.2010. Dispõe sobre a adoção das Recomendações para Digitalização de Documentos Arquivísticos Permanentes.

Sigad: conjunto de procedimentos e operações técnicas, característico do sistema de gestão arquivística de documentos, processado por computador. Pode compreender um software particular, um determinado número de *softwares* integrados, adquiridos ou desenvolvidos por encomenda, ou uma combinação desses. O sucesso do Sigad dependerá fundamentalmente da implementação prévia de um programa de gestão arquivística de documentos.¹⁸

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração, de Tiago Scherer – RDI 72/379.
- Assinaturas eletrônicas e certificação das chaves dos notários na legislação italiana, de Raimondo Zagami, Doutrinas Essenciais de Direito Registral, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2013, vol. 8, p. 1207.

18. A definição se extraiu de *Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão Arquivística de Documentos – e-ARQ Brasil* citado na nota 9.

A PUBLICIDADE REGISTRAL *VERSUS* A TUTELA DA PRIVACIDADE EM PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO – PORTUGAL E BRASIL

JÉVERSON LUÍS BOTTEGA

Especialista em Direito Imobiliário pelo Uniritter, em Direito Registral Imobiliário pela PUC-MG, em Direito Notarial e Registral pela Unisul e em Direito Constitucional pela Uni-Anhanguera. Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor da disciplina de Registros Públicos nos Cursos de Especialização do Uniritter, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS, da Escola Superior Verbo Jurídico e do Instituto de Desenvolvimento Cultural. Associado e Membro da Comissão do Pensamento Registral do Irib. Oficial do Serviço de Registro de Imóveis do Município de São Lourenço do Sul/RS.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente trabalho é o resultado de pesquisa sobre o princípio da publicidade registral e o direito à reserva da intimidade da vida privada. O objetivo central do estudo é apontar as características principais dos referidos institutos, bem como analisar os critérios de mediação jurídica entre ambos. A pesquisa foi realizada em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da publicidade registral – Direito de acesso à informação – Direito à reserva da intimidade da vida privada – Direito à privacidade – Mediação jurídica.

ABSTRACT: The present study is the result of a research on the principle of public registration and the right of privacy. The main point of the paper is to study the features of these legal institutes, as well as analyze the techniques of articulation between them. The research was conducted in comparative law perspective – Portugal and Brazil.

KEYWORDS: Principle of public registration – Right of information – Right of privacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O princípio da publicidade registral: 2.1 O princípio da publicidade como norteador da atividade registral; 2.2 O instrumento de formalização da publicidade registral – 3. O direito à reserva da intimidade da vida privada: 3.1 A reserva da intimidade da vida privada como direito da personalidade; 3.2 A lei portuguesa de proteção de dados pessoais – 4. A mediação jurídica entre o direito à proteção dos dados pessoais e o direito de acesso à informação registral: 4.1 Os critérios de mediação jurídica entre os direitos em causa; 4.2 Os parâmetros de aplicação dos critérios de mediação jurídica – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As conservatórias de registro¹ são órgãos prestadores de serviços públicos e possuem como finalidade principal outorgar segurança às relações jurídicas suscetíveis à inscrição.² Para alcançar o fim a que se destinam, os serviços de registro exercem o controle sobre a legalidade e a autenticidade dos fatos jurídicos que lhes são apresentados, garantindo-lhes publicidade e, consequentemente, oponibilidade *erga omnes*.³

Quanto às atribuições, os registros públicos possuem competência legal para registrar os fatos jurídicos relacionados às pessoas (singulares e coletivas) e aos bens (móveis e imóveis)⁴ considerados pela sociedade, a partir de critérios sociais e econômicos, como merecedores de tutela especial.⁵

1. No Brasil, as “conservatórias de registros” são denominadas pelo art. 236 da CF/1988, de serviços “de registro”. Em Portugal, segundo Seabra Lopes, o Dec.-lei 116/2008, de 4 de julho, que alterou o Código do Registro Predial, emprega as expressões “conservatórias” e “serviços de registro”, pelo menos aparentemente, como sinônimos. LOPES, J. de Seabra. *Direito dos registros e do notariado*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 23. Boa parte da doutrina pesquisada também refere-se às conservatórias como “registros públicos”.
2. *Idem*, p. 13.
3. BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006.
4. Com relação à registrabilidade dos bens móveis, Angel Cristóbal Montes afirma que “embora continuem sendo válidos em linhas gerais, alguns dos contornos fundamentais da distinção entre móveis e imóveis, o antigo critério de desprezo pela propriedade mobiliária se tornou completamente eliminado em virtude do fabuloso desenvolvimento econômico adquirido pela mesma, deparando-nos na realidade com o cotidiano espetáculo de bens móveis, cujo valor é muito superior ao dos bens móveis tradicionais. Ademais, paralelo ao processo de super valorização da propriedade dos móveis, alguns deste foram perdendo certas características negativas (pouca duração e dificuldade de individualização), que tornavam difícil a sujeição a um regime de publicidade dos direitos reais constituídos sobre eles”. O referido autor afirma ainda que “se a publicidade pode recair, indistintamente, tanto sobre direitos reais imobiliários como mobiliários, para que os mesmos sejam suscetíveis de acesso a um regime publicitário, deverão ter por objetivo bens que tenham as seguintes características: a) que sejam de fácil individualização, identificação e diferenciação. A possibilidade de que uma coisa seja suscetível de identificação, individualizando-a, poderá derivar de sua própria natureza (propriedades territoriais) ou de características externas peculiares (aeronaves, automóveis); b) que tenham existência duradoura, quer dizer, que sejam suscetíveis de uso continuado sem que o mesmo dê lugar ao seu consumo, ao menos imediato”.

Em Portugal, os registos públicos são divididos⁶ em serviços desconcentrados e serviços centrais do Instituto dos Registos e do Notariado.⁷

São serviços desconcentrados do IRN, I.P.: as conservatórias do registo civil;⁸ as conservatórias do registo comercial;⁹ as conservatórias do registo

MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 22 e 24. No mesmo sentido, GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. Direito dos registos: o prédio – Loteamento, a propriedade horizontal e problemas conexos. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Portugal e Brasil*. n. 289, t. L, p. 187.

5. No que diz respeito ao registo dos direitos obrigacionais, Angel Cristóbal Montes afirma que “embora todos os direitos devam ser respeitados, os direitos de obrigação, enquanto têm apenas interesse e produzem efeitos inter partes, não admitem outra violação que a ocasionada, quando não realizar o devedor a atuação devida. Pelo contrário, os direitos reais enquanto não se dão em face de determinada pessoa, mas que supõem o conjunto de faculdades mais ou menos extensas que o titular pode exercitar sobre uma coisa, permitem sua infração por qualquer um e logicamente devem implicar um dever de abstenção, de respeito, que diz respeito a todos. Se a sociedade inteira deve abster-se de realizar atos que menoscabem, perturbem ou impeçam o exercício dos direitos reais, a contrapartida lógica deverá ser que a mesma (seus componentes) tenha possibilidade de conhecer a existência daqueles, com o objetivo de poder dar cumprimento aos deveres abstensivos por tais direitos”. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 20.
6. Art. 8.º, n. 3 e 4, do Dec.-lei 129/2007, de 27 de abril.
7. Nos termos do disposto no art. 1.º e ss., do Dec.-lei 129/2007, de 27 de abril, “o Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., abreviadamente designado por IRN, I.P., é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa e património próprio. O IRN, I.P., prossegue atribuições do Ministério da Justiça (MJ), sob superintendência e tutela do respectivo ministro. O IRN, I.P., tem por missão executar e acompanhar as políticas relativas aos serviços de registo, tendo em vista assegurar a prestação de serviços aos cidadãos e às empresas no âmbito da identificação civil e do registo civil, de nacionalidade, predial, comercial, de bens móveis e de pessoas colectivas, bem como assegurar a regulamentação, controlo e fiscalização da actividade notarial”.
8. “O registo civil tem por objeto a publicidade de factos jurídicos referentes a pessoas singulares”. Lopes, J. de Seabra, op. cit., p. 17.
9. “O registo comercial se ocupa da publicidade de factos jurídicos concernentes à actividade económica de certas pessoas singulares – comerciantes individuais – e das pessoas coletivas expressamente referidas no respectivo código ou em legislação avulsa”. Idem, ibidem.

de bens móveis;¹⁰ as conservatórias do registro predial;¹¹ os serviços de gestão de arquivos e documentos. São serviços centrais do IRN, I.P.: as conservatórias dos registros centrais e o registro nacional de pessoas coletivas.

No Brasil, por sua vez, os registros públicos possuem, basicamente, as mesmas finalidades das conservatórias portuguesas. Contudo, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236 da CF/1988) e estão divididos¹² em cinco espécies: registro civil das pessoas naturais,¹³ registro civil das pessoas jurídicas,¹⁴ registro de títulos e documentos,¹⁵ registro de imóveis¹⁶ e registro de contratos marítimos.¹⁷

Diante da gama de atividades realizadas pelos registros públicos, verifica-se que tais serviços, tanto em Portugal, quanto no Brasil, ressalvadas as peculiaridades de cada sistema, desempenham funções públicas fundamentais para o desenvolvimento da sociedade.

Embora apenas os registros relativos às pessoas singulares (físicas) e coletivas (jurídicas) sejam registros de fólio pessoal, as demais espécies de registros (fólio real), ao relacionarem o bem registrado aos titulares de direitos a ele as-

-
10. “O registo de bens móveis diz respeito a factos jurídicos relativos a certos bens móveis que a lei sujeita a registo: veículos automóveis, navios e aeronaves, pese o facto de actualmente apenas os primeiros estarem adequadamente regulamentados”. *Idem*, *ibidem*.
 11. “O registo predial tem por objeto a publicidade de factos jurídicos referentes a coisas imóveis”. *Idem*, *ibidem*.
 12. Art. 1.º, § 1.º, da Lei 6.015/1973.
 13. Destinado ao registro dos fatos relacionados à vida civil das pessoas naturais. Art. 29 e ss. da Lei 6.015/1973.
 14. Destinado ao registro das pessoas jurídicas não empresárias. Art. 114 e ss. da Lei 6.015/1973. As pessoas jurídicas empresárias são registradas nas juntas comerciais. Lei 8.934/1994.
 15. Destinado ao registro dos contratos relacionados a bens móveis e a publicidade de qualquer fato jurídico que não seja de competência das demais modalidades de registros públicos. Art. 127 e ss. da Lei 6.015/1973.
 16. Destinado ao cadastro dos bens imóveis e ao registro dos fatos jurídicos a eles relacionados. Art. 167 e ss. da Lei 6.015/1973.
 17. Destinado ao registro dos contratos envolvendo embarcações (compra, venda, hipoteca etc.), não abrangendo, todavia, o registro da propriedade das embarcações, cuja competência pertence ao Tribunal Marítimo. Os serviços de registro de contratos marítimos foram criados pela Lei 5.732-B/27 e, atualmente, só existem em quatro estados do Brasil: um no Rio de Janeiro, um em Belém, um no Ceará e um no Amazonas.

sociados, também recolhem dados pessoais. Assim, pode-se dizer que faz parte da estrutura organizacional dos serviços registrais manter fichários pessoais, contendo a identificação de todas as pessoas que constem direta ou indiretamente das tábulas.¹⁸

Por armazenarem dados pessoais e patrimoniais e terem como uma de suas principais funções publicitar os fatos jurídicos registrados, tem-se discutido se o ato praticado pelas conservatórias, de informar aos terceiros requerentes o teor dos dados arquivados, poderia, por vezes, gerar ofensa ao direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁹ das pessoas constantes dos registros.

Embora, tendo em vista o fim publicista dos serviços de registro, a questão levantada pareça não fazer sentido, entende-se que o fato de os dados informados poderem ser usados para fins ilícitos ou contrários às finalidades dos registros públicos justifica o debate.

Ao tratarem do tema, Rafael Vale Reis e Mónica Jardim,²⁰ citando o célebre historiador europeu Arnold Toynbee, afirmam que:

“A importância da consideração destas dimensões e implicações é facilmente constatável. Arnold Toynbee, um dos historiadores europeus mais importantes do século XX, escreveu como na Alemanha e no regime de Hitler, os judeus foram sistematicamente isolados da vida económica e política, antes de serem eliminados fisicamente, e como tal só foi possível por o regime ter beneficiado da informação que proporcionava um sistema ‘eficiente’ de registro – em pouco tempo foi possível determinar, com precisão, o número das suas propriedades e empresas, tendo-se, assim, iniciado a perseguição económica com a publicação de leis que os proibia de, por exemplo, subscrever seguros, constituir empresas ou aceder à propriedade.”

O exemplo acima citado é emblemático e demonstra como o uso desvirtuado das informações constantes dos livros de registro pode ser prejudicial à sociedade. Considerando um cenário mais atual, os dados arquivados nas conservatórias poderiam ser usados, por exemplo, por sequestradores com a finalidade de identificar as suas vítimas. A partir de dados patrimoniais fornecidos pelas conservatórias prediais (quantidade e localização dos imóveis

18. Vide Códigos de Registro em Portugal e Lei 6.015/1973 no Brasil.

19. Também denominado pela doutrina citada neste estudo como direito à privacidade ou direito à intimidade.

20. REIS, Rafael Vale; JARDIM, Mónica. Publicidade registal e tutela da privacidade – O papel do conservador/registrador. In: AA. VV. 2º seminário luso-brasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 208.

titulados em nome de determinada pessoa) e dados pessoais obtidos junto ao registro civil (estado civil, domicílio, profissão etc.), o crime organizado poderia, ao desvirtuar os fins para o qual se destina a publicidade registral, usar o sistema a seu favor.

Além das hipóteses de uso para fins ilícitos, os dados fornecidos pelas conservatórias poderiam, ainda, ser usados como objeto de curiosidades dirigidas a situações jurídicas pessoais lançadas nos livros de registro (adoção, divórcio, poder parental) e interesses econômicos (identificação dos proprietários de determinado tipo de imóvel ou automóvel, com a finalidade de estabelecer cadastro com perfil de consumidores).²¹

O problema ora levantado ganha ainda mais relevo diante do atual processo de informatização²² pelo qual os serviços registrares estão passando. É que, com a informatização, o acesso aos dados arquivados é muito mais rápido e de fácil compartilhamento,²³ potencializando os riscos de desvirtuamento dos fins que justificam a publicidade registral.

Nessa conjuntura, a partir do método investigativo, com análise bibliográfica das doutrinas e legislações, o presente estudo, que foi realizado em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil, tem como objetivo verificar se a tutela da privacidade pode/deve limitar a publicidade registral.

Com a finalidade de sistematizar cientificamente a abordagem do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos. Os dois primeiros capítulos foram destinados, respectivamente, às análises dos principais atributos do princípio da publicidade como norteador da atividade registral e das particularidades do direito à reserva da intimidade da vida privada na proteção de dados pessoais. Vencidas as etapas de estruturação do estudo, no terceiro capítulo buscou-se

-
21. CASTRO, Catarina Sarmiento. Privacidade versus publicidade: proteção de informações pessoais e actividade registral. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. vol. I, p. 381.
 22. No Brasil, visando agregar eficiência aos registros públicos, o legislador, no art. 38 da Lei 11.977/2009, estabeleceu que todos os serviços deverão estar informatizados até 2014. Em Portugal, por sua vez, o processo de informatização das conservatórias está em fase mais avançada.
 23. Os sistemas de informática permitem a elaboração dos mais vários tipos de certidão, inclusive no formato de relatórios, contendo dados previamente estipulados pelas partes. Além disso, possibilitam que os pedidos sejam solicitados e respondidos por via eletrônica, o que torna incerta a identificação do usuário do serviço.

identificar os critérios de mediação jurídica entre os referidos institutos e o papel do conservador registral²⁴ nessa tarefa.

2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL

Tendo sido esclarecido na introdução o problema a ser investigado, a abordagem do tema iniciará com a análise do princípio da publicidade registral. Assim, primeiramente, se identificará a importância do referido princípio para o sistema registral e, posteriormente, se verificará como a publicidade registral se formaliza perante os terceiros interessados.

2.1 *O princípio da publicidade como norteador da atividade registral*

Os princípios compõem a estrutura da ciência jurídica, sendo, portanto, elencados pela doutrina como fonte do direito.²⁵ Ao estabelecer a definição jurídica de “princípios”, De Plácido e Silva²⁶ afirma que, como conjunto de preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, os princípios mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas que indicam o alicerce do Direito.

Os princípios estão presentes, tanto na formação das leis (princípios fundamentais), quanto na sua interpretação (princípios gerais ou informativos). Assim, quando a lei apresenta falhas, os princípios são usados para compor o sistema jurídico que, ao contrário das leis, não pode falhar.

Nessa conjuntura, entende-se que o estudo dos sistemas que integram o ordenamento jurídico pressupõe a análise dos princípios relacionados ao tema posto em causa. Como ramo do direito, a atividade registral também é norteada por princípios que compõem a sua estrutura e outorgam-lhe base teórica.

Embora haja divergência entre os autores quanto ao número de princípios que informam o direito registral,²⁷ todos são unânimes ao afirmar que, pela

24. No Brasil, os “conservadores registrais” são denominados pelo art. 3.º da Lei 8.935/1994 que regulamentou o art. 236 da CF/1988, de “oficiais de registro ou registradores”.

25. “Fontes do direito” é a expressão metafórica utilizada para descrever os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 194.

26. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 639.

27. DIP, Ricardo Henry Marques. *Certidões integrais do registro imobiliário: da prevalência do meio reprográfico. Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.

relevância na estruturação e fundamentação jurídica dos registros públicos, o princípio da publicidade assume papel de destaque.²⁸

O entendimento de que a publicidade é da própria essência dos registros públicos decorre de, pelo menos, duas premissas: (1.^a) a partir do registro cria-se a ficção de que o fato jurídico é de conhecimento e oponível contra todos, que, por via de consequência, não poderão alegar desconhecê-lo e deverão respeitá-lo; (2.^a) a possibilidade de todos os interessados conhecerem o teor dos registros diminui o risco de fraudes envolvendo as pessoas e os bens publicitados, o que contribui para a outorga de segurança jurídica à sociedade.

Verifica-se, pelo exposto, que a presunção *erga omnes* de conhecimento do fato de direito registrado e a segurança jurídica outorgada pelo registro são finalidades das conservatórias que só podem ser alcançadas por meio do princípio da publicidade.

Nesse sentido, ao discorrer sobre o princípio da publicidade registral, Mou-teira Guerreiro²⁹ afirma que:

“A publicidade que os registros públicos conferem não é, pois, uma publicidade qualquer apenas geradora da *notícia* da existência dos direitos. É sim uma publicidade que gera *efeitos* quanto à cognoscibilidade dessa existência. Tais efeitos, que ao longo da evolução histórica foram nos primeiros tempos apenas probatórios e depois presuntivos da existência e validade dos direitos, passaram a partir das primeiras leis hipotecárias do século XIX a ser também os da *eficácia* em relação a terceiros e mesmo de uma eficácia absoluta, inclusive para as próprias partes.”

Por ser esclarecedor quanto aos efeitos da publicidade registral, entende-se oportuno transcrever, também, o entendimento de Angel Cristóbal Montes,³⁰ ainda que esteja direcionado apenas à publicidade registral imobiliária:

“A circunstância de que o registro da propriedade dê a conhecer as relações jurídicas reais que podem recair sobre as propriedades territoriais, já que o mesmo pode ser consultado por qualquer pessoa que tenha interesse em averiguar o conteúdo de seus assentos (a chamada publicidade formal), não esgota seus objetivos. Já vimos que, caso se aspire a que a informação que um registro

28. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

29. GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. Publicidade e princípios do registro. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 17.

30. MONTES, Angel Cristóbal, op. cit., p. 179.

fornece não seja meramente publicitária, a mesma deve trazer determinadas garantias. Quer dizer, a publicidade imobiliária registral deve proporcionar ou dar lugar a determinados efeitos de transcendência jurídica, isto é, deve buscar determinados fins. Por isso, a publicidade não é tanto um fim ou um fim em si do registro quanto um meio, isso sim, indispensável, para a obtenção dos fins substanciais e últimos da instituição registral. Efetivamente, a publicidade dos assentos dos registros procura no terceiro adquirente a eliminação dos perigos a que dá lugar à clandestinidade no que diz respeito à verdadeira situação jurídica das propriedades territoriais, com o qual se evitam, com relação a terceiros, as nefastas consequências do estelionato (ocultação maliciosa de gravames) e da venda dupla de uma mesma coisa.”

Com base no até agora exposto, não há dúvidas quanto ao fato de a publicidade registral ser o princípio fundamental na estruturação dos registros públicos como verdadeiros órgãos de emanção de segurança jurídica. Não há dúvidas, também, quanto ao fato de as normas jurídicas que consagram o princípio da publicidade, como garantidor da efetividade dos serviços prestados pelas conservatórias (na qualidade de órgão integrantes da estrutura administrativa do Estado), serem classificadas como de ordem pública.³¹

O princípio da publicidade registral está consagrado no direito Português nos Códigos de Registros (civil, comercial, predial e de automóveis), dentre os quais destaca-se, como exemplo, o art. 1.º do Código de Registro Predial, que, ao estabelecer os seus fins, prevê que “o registo predial destina-se essencialmente a *dar publicidade* à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário”.

No Brasil, por sua vez, a Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores), em seu art. 1.º, prevê que “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a *garantir a publicidade*, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

No que toca aos efeitos da publicidade, ainda é possível concluir que, se a cognoscibilidade geral derivada do princípio da publicidade registral substitui o conhecimento efetivo do direito inscrito e os efeitos jurídicos produzem-se

31. Em julgamentos de processos para a homologação de sentença estrangeira no STJ brasileiro estabeleceu-se que são normas de ordem pública “as constitucionais, as processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica”. SEC 802/US, rel. Min. José Delgado.

mesmo que o conhecimento de fato não ocorra, a presunção ficta de conhecimento, como consequência do princípio da publicidade registral, gera aos terceiros o direito de conhecer o conteúdo dos registros.³²

Dito com outras palavras, se a publicidade registral gera presunção de conhecimento de terceiros a respeito dos fatos jurídicos registrados, a lógica jurídica impõe que, ao mesmo tempo, “nasça” aos terceiros que sofrem os efeitos da publicidade o *direito de acesso às informações registrais* que o ordenamento jurídico presume que sejam do seu conhecimento.³³

2.2 O instrumento de formalização da publicidade registral

Pelo que foi até o momento estudado, seria inconcebível existir um sistema de registros públicos sem que os interessados pudessem conhecer o teor dos assentos. Assim, tanto em Portugal, quanto no Brasil, o direito de acesso às informações constantes dos registros é garantido por normas constitucionais.

Em Portugal, o art. 37.º, n. 1, da Constituição da República – CPR, estabelece que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, *de se informar e de ser informados*, sem impedimentos nem discriminações”.

32. SCHEELJE, Álvaro Delgado. Interrelaciones entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad. Disponível em [www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Documentos-PuntadelEste/Interrelaciones%20entre%20la%20publicidad%20registral%20y%20el%20D%C2%BA%20a%20la%20intimidad.pdf]. Acesso em: 18.03.2013. p. 4.

33. Nesse sentido é o entendimento de Angel Cristóbal Montes ao afirmar que “se a sociedade inteira deve abster-se de realizar atos que menoscabem, perturbem ou impeçam o exercício dos direitos reais, a contrapartida lógica deverá ser que a mesma (seus componentes) tenha possibilidade de conhecer a existência daqueles, com o objetivo de poder dar cumprimento aos deveres abstensivos por tais direitos”. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 20.

Também nesse sentido é o entendimento de Rafael Vale e Reis e Mónica Jardim ao afirmarem que: “É já um lugar comum afirmar que o sistema de registro é público, porque tem por finalidade a satisfação de interesse público, porque a sua titularidade é pública (no caso português), e, sobretudo, porque a informação registal se destina a estar acessível ao público. Constitui igual evidência acentuar que a eficácia da publicidade registal se atinge não só com a inscrição dos factos ou actos jurídicos nas tábuas mas também, e fundamentalmente, facultando aos particulares (ao público) a possibilidade de conhecerem, em qualquer momento, os assentos registrais”. REIS, Rafael Vale e; JARDIM, Mónica, op. cit., p. 206.

Já o art. 268.º, n. 2, da Carta Política, ao estabelecer os direitos e garantias dos administrados prevê que “os cidadãos têm também o *direito de acesso aos arquivos e registos administrativos*, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”.

No Brasil, o art. 5.º, XXXIII, da CF/1988, ao prever os direitos e dever individuais e coletivos dos cidadãos, estabelece que “todos têm direito a *receber dos órgãos públicos informações* de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.³⁴

Atendendo a orientação contida na Constituição brasileira, a Lei 9.784/1999 estabelece, em seu art. 46, que “os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem”.

Analisando o teor dos dispositivos acima transcritos, destaca-se, desde já, que, embora o direito de acesso às informações arquivadas em órgãos públicos seja garantido pela Constituição, o exercício do referido direito não poderá ofender a tutela da privacidade. No decorrer do estudo, os parâmetros legais e doutrinários de articulação entre os referidos institutos serão apontados.

Nesse momento, contudo, sabendo que o acesso de terceiros às informações constantes dos registros públicos é direito garantido pela Constituição, a tarefa que se impõe é a identificação do instrumento de formalização da publicidade registral perante a coletividade. E, nesse sentido, entende-se que, a fim de preservar e proteger os livros de registro, o conservador, salvo exceções previstas em lei, não é obrigado a mostrá-los aos interessados. Assim, o legislador, tanto português, quanto brasileiro, definiu que *o acesso ao teor dos registros será formalizado a partir da lavratura de certidões*.

Nos registros públicos, portanto, a expedição de certidão é atividade típica e consiste em transladar para o documento a ser entregue ao requerente o que consta dos arquivos.³⁵ Como documento lavrado por oficial públi-

34. No mesmo sentido, o art. 5.º, XXXIV, *b*, da CF/1988, dispõe que são a todos assegurados “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

35. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. *RDI* 59/75 -85.

co, as certidões, que podem ser classificadas como espécies de ato administrativo enunciativo, são documentos autênticos (art. 369.º do Código Civil Português)³⁶ e fazem prova plena dos fatos que referem (art. 371.º do Código Civil Português).³⁷

Segundo Luciano Lopes Passarelli,³⁸ a certidão constitui, por assim dizer, “o momento – ápice, o apogeu da atividade registral”. Ainda segundo o referido autor, toda a atividade registral é pensada tendo em mente esse momento máximo, que é a síntese dos objetivos buscados pelo sistema: a certidão, na qual a sociedade encontra os elementos necessários para ter conhecimento da situação jurídica do fato registrado, e assim tomar as decisões que entender pertinentes.

Verifica-se, portanto, que o acesso aos assentos registrais por meio da lavratura de certidões, além de um direito dos interessados, é pressuposto de efetividade do princípio da publicidade registral e, por via de consequência, dos próprios registros públicos.

O direito de requerer certidões dos registros está previsto nas leis portuguesas e brasileiras que versam sobre registros públicos. *Exempli gratia*, entende-se oportuno destacar os seguintes dispositivos legais:

Em Portugal o art. 104.º do Código de Registro Predial, estabelece que “qualquer pessoa pode pedir certidões dos actos de registo e dos documentos arquivados, bem como obter informações verbais ou escritas sobre o conteúdo de uns e de outros”.

No Brasil o art. 17 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP), prevê que “qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”.

Da análise dos dispositivos legais acima transcritos verifica-se que a lei põe a salvo o direito de “qualquer pessoa” pedir certidões do registro, sendo que, no caso brasileiro, a lei vai além ao prever que a pessoa do requerente não precisa sequer informar o “motivo ou interesse do pedido”.

No sistema registral espanhol – que não é objeto desse estudo, mas que, sobre o assunto ora tratado, possui norma que merece ser lembrada – a publi-

36. No Brasil, o art. 3.º da Lei 8.935/1994, confere fé pública aos documentos lavrados pelos registradores.

37. O art. 217 do CC/2002 e o art. 365, II, do CPC brasileiro, conferem força probatória às certidões expedidas pelos registradores.

38. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

cidade também encontra-se amplamente admitida. Contudo, o art. 221 da Lei Hipotecária e o art. 607 do Código Civil espanhol, ao estabelecerem que os registros serão públicos, preveem que a publicidade registral será acessível aos que tenham “interesse conhecido” em averiguar o estado dos bens imóveis ou direitos.³⁹

Ao limitar o acesso às informações do registro aos que tenham interesse conhecido, a lei espanhola tem a nítida intenção de proteger o sistema registral contra o uso indevido (contrário aos fins dos registros públicos) pela sociedade.⁴⁰

Em Portugal, assim como no Brasil, mesmo que as leis especiais que tratam do tema não restrinjam o acesso às informações dos registros, será demonstrado no decorrer do estudo que, em respeito à tutela da privacidade, o direito de obter a certidão está (ou deveria estar) vinculado, assim como no sistema espanhol, à demonstração de legítimo interesse por parte do requerente.

3. O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Ainda na fase de estruturação do estudo, o presente capítulo será destinado à análise da extensão da tutela da reservada da intimidade da vida privada, prevista nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

3.1 A reserva da intimidade da vida privada como direito da personalidade

A gênese da reserva da intimidade da vida privada⁴¹ como direito da personalidade está no *right of privacy* norte-americano, que tem origem no célebre ensaio de autoria dos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandes, publi-

39. MEDEL, Jesús López. Naturaleza y sentido de la publicidad registral y del derecho a la intimidad. Disponível em: [www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPuntadelEste/Naturaleza%20y%20sentido%20de%20la%20publicidad%20registral%20y%20del%20D%C2%BA%20a%20la%20intimidad.pdf]. Acesso em: 18.03.2013. p. 3.

40. *Idem*, p. 5.

41. A privacidade surgiu como direito próprio a partir do Estado Liberal e do fenômeno de isolamento da classe burguesa com o objetivo de aproveitar plenamente a própria intimidade, característica, aliás, que diferencia a burguesia das demais classes. Segundo Stefano Rodatà, “o burguês, em outros termos, apropria-se de um seu ‘espaço’, com uma técnica que lembra aquela estruturada para a identificação de um direito à propriedade ‘solitária’”. RODATÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

cado na *Harvard Law Review* de dezembro de 1890,⁴² com o título “The right of privacy”. A partir desse estudo, a proteção da privacidade no direito americano evoluiu e, atualmente, abrange, nas palavras de Menezes Cordeiro,⁴³ “um leque variado de situações e problemas”.⁴⁴

Na visão americana, o direito à privacidade engloba tanto o domínio da vida privada, quanto o da vida pública, transformando-o em um direito de conteúdo vastíssimo.⁴⁵ Nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, contudo, como consequência do substrato ontológico dos direitos da personalidade, que faz tais espécies de direitos variarem de acordo com a cultura de cada povo,⁴⁶ a tutela da privacidade, em relação ao ordenamento jurídico americano, é mais branda.⁴⁷

É que, tanto no Brasil, quanto em Portugal, a privacidade designa antes de mais o que pertence a um só sujeito, por oposição ao que é público.⁴⁸ Conforme afirma Menezes Cordeiro, “a vida privada abrangerá tudo o que não seja público e profissional ou social”.⁴⁹

Segundo Oliveira Ascensão, a partir da segunda metade do século XIX a tutela da privacidade, que até então confundia-se com a da propriedade e da honra, recebeu novos contornos na América e na Europa. ASCENSÃO, José Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 167.

42. Segundo Menezes Cordeiro, a origem mais remota do right of privacy está em uma decisão britânica, tomada no século XIX, envolvendo o uso de imagens da família real sem prévia autorização. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Parte geral. Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. vol. I, t. III, p. 207.
43. *Idem*, p. 209.
44. Vale referir que, a partir dos atentados terroristas de 11.09.2001, a esfera individual do direito à privacidade (proteção dos dados de informação pessoal) nos Estados Unidos da América tem perdido espaço quando confrontada com a função pública de outorgar segurança aos cidadãos.
45. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil – Teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. vol. I, p. 120.
46. Segundo Oliveira Ascensão, a personalidade é definida como a susceptibilidade de (ser titular de) direitos e obrigações, mas não pode ser enquadrada como categoria meramente formal, pois possui um substrato ontológico que pressupõe uma apreciação da realidade que é o seu suporte. *Idem*, p. 80.
47. *Idem*, p. 74.
48. *Idem*, p. 85.
49. CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 203.

A proteção da personalidade prevista nas leis portuguesa e brasileira refere-se, expressamente, à “vida privada”. Por conseguinte, a vida pública não está em causa.⁵⁰ Na prática, contudo, a tarefa de separar o que diz respeito à vida privada do que abrange à vida pública é complexa e suscita diversas discussões jurídicas, que não serão analisadas porque fogem aos objetivos desse estudo.

Na qualidade de direito da personalidade, o direito à privacidade é considerado, a partir da classificação tripartida de Oliveira Ascensão⁵¹ (direito à personalidade,⁵² direito à conservação da personalidade⁵³ e direito à realização da personalidade),⁵⁴ espécie de direito que visa à conservação da personalidade. Segundo o autor, nos direitos que visam à conservação da personalidade se incluiria a matéria da privacidade na sua feição negativa, como defesa contra intromissões alheias.

Tendo sido identificada a origem e a classificação da privacidade como espécie de direito da personalidade, passa-se a analisar os dispositivos legais portugueses e brasileiros que tutelam o direito à reserva da intimidade da vida privada.

No direito português, o preceito fundamental da lei ordinária em matéria de direitos da personalidade é o art. 70.º, n. 1 e 2, do Código Civil, que assim estabelece:

“1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

50. ASCENSÃO, José Oliveira. Direito civil... cit., p. 122.

51. A classificação proposta por Oliveira Ascensão é uma variação da classificação defendida por Henrich Hubmann que distingue os direitos da personalidade em: direito à personalidade, direito à individualidade e direito ao desenvolvimento da personalidade. Segundo Oliveira Ascensão a sua classificação seria a divisão mais simples, porque aproveita a distinção, tornada corrente no domínio paralelo dos direitos fundamentais, entre direitos, garantias e liberdades. Idem, p. 108.

52. Segundo Oliveira Ascensão, “os direitos à personalidade” correspondem aos clássicos direitos de personalidade. Inscrevem-se aqui os que respeitam ao património básico constitutivo da personalidade (direitos à vida, à honra, ao nome, à imagem etc.). Idem, ibidem.

53. Segundo Oliveira Ascensão, “os direitos à conservação da personalidade” seriam aqueles direitos/garantias destinados a proteger o homem contra intromissões exteriores. Idem, ibidem.

54. Segundo Oliveira Ascensão, “os direitos à realização da personalidade” correspondem ao carácter dinâmico do direito de personalidade que outorga ao homem liberdade para aperfeiçoar-se (estão relacionados aos direitos de reunião, de manifestação, de associação). Idem, p. 109.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

O preceito retrotranscrito contém o princípio geral da tutela da personalidade. Assim, para que os direitos da personalidade sejam reconhecidos, bastaria decorrerem da personalidade ontológica, sendo desnecessária a existência de tutelas específicas.

Todavia, para além da cláusula geral prevista no art. 70.º, o legislador português entendeu necessário tutelar de forma especial alguns (portanto, não de forma taxativa) direitos da personalidade,⁵⁵ editando, para o caso do direito à reserva da intimidade da vida privada, o art. 80.º, n. 1 e 2, do Código Civil Português – CCP, nos seguintes termos:

“1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa.”

Sobre o dispositivo legal retrotranscrito, Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁶ afirmam que a norma civil, diante da natureza subjetiva do direito a intimidade, deixou para a análise do caso concreto a extensão dos efeitos da aplicação da norma, limitando-se a indicar a “natureza do caso” e a “condição da pessoa” como fatores a serem ponderados no estabelecimento dos critérios objetivos de aplicação da norma.

O direito à reserva da intimidade da vida privada está previsto, também, na Constituição portuguesa, que o relacionou como direito fundamental.⁵⁷ O art. 26.º, n. 1, estabelece que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade

55. Em razão da tutela específica de alguns direitos da personalidade, parte da doutrina passou a denominá-los de direitos especiais da personalidade. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 262.

56. PIRES DE LIMA, António de Magalhães; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. Artigos 1.º a 761.º. 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. vol. I, p. 110.

57. Cumpre referir que parte da doutrina (ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil...* cit., p. 75.) entende que não há equivalência entre direitos fundamentais (posição do indivíduo face ao Estado) e direitos de personalidade (voltados às emanções da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política).

pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Seguindo o exemplo português, o ordenamento jurídico brasileiro também consagrou o direito à reserva da intimidade da vida privada, tanto na legislação infraconstitucional, como espécie de direito da personalidade, quanto no texto constitucional, como direito fundamental.

O art. 21 do CC/2002 (Código Civil brasileiro) prevê que “a *vida privada* da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Pelo teor da lei civil verifica-se que o legislador brasileiro também deixou a definição da extensão do direito da privacidade para o caso concreto.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, estabelece no art. 5.º, X, que “são invioláveis a intimidade, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sobre o fato de a Constituição oferecer proteção aos direitos da personalidade, Oliveira Ascensão⁵⁸ entende que isso não significa que a sua definição e regime sejam rigidamente constitucionalizados. Para o referido autor, a partir da tutela constitucional, caberá ao legislador ordinário um espaço de manobra na concretização das orientações constitucionais.

Assim, os legisladores ordinários portugueses e brasileiros editaram os retrotranscritos art. 80.º do CCP, e 21 do CC/2002, deixando a definição da extensão da reserva da intimidade, como foi dito anteriormente, para a análise do caso concreto. Todavia, mesmo reconhecendo esse fato, os autores estudados entendem que orientações gerais quanto à definição da extensão do direito à privacidade podem ser traçadas.

A doutrina⁵⁹ costuma traçar as orientações gerais a partir de círculos ou graus nos quais deve imperar a reserva.⁶⁰ Oliveira Ascensão, citando a teoria

58. Idem, p. 83.

59. Idem, p. 123.

60. Nesse sentido, Capelo de Sousa afirma que a “amplidão da tutela civil do ser e da vida privada de cada indivíduo não é incompatível com a existência aí de diversos círculos concêntricos de reserva, dotados de maior ou menos eficácia jurídica, particularmente de garantias mais ou menos profundas”. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 326.

defendida por Henrich Hubmann, analisa a reserva, ainda que com alguma variação em relação aos demais autores portugueses⁶¹ a partir das esferas: individual, privada e secreta.

A esfera secreta (ou íntima) abrange os aspectos mais densos da consciência, sendo esse o espaço em que a intimidade deve ser mais fortemente resguardada, permitindo aos indivíduos encontrar-se consigo mesmos.

A esfera privada, como o próprio nome indica, integra os dados respeitantes à vida privada do indivíduo, nesse espaço a intimidade deve ser resguardada no convívio familiar.

Por fim, a esfera individual (ou pública) está relacionada aos elementos que permitem a identificação das pessoas (denominadas por Capelo de Souza⁶² de “camadas periféricas da vida privada”). Nesse espaço existem dados pessoais sensíveis, que têm a sua divulgação restrita, e os dados pessoais de interesse público, sobre os quais a limitação de divulgação seria menos restrita.

Atenta a esse aspecto do direito à privacidade, a Constituição portuguesa define, em seu art. 35.º, que os dados pessoais, informatizados ou constantes de ficheiros manuais, devem ter o seu acesso regulado por lei.⁶³ Atendendo a orientação constitucional, o legislador português editou a Lei 67/1998, de 26 de outubro, com o claro objetivo de proteger os dados pessoais dos indivíduos contra o acesso indevido por terceiros.

Nessa conjuntura, a articulação entre o direito à privacidade e o direito de acesso às informações registrais, que será objeto de estudo no terceiro capítulo desse trabalho, será realizada a partir da *esfera individual daquele direito*, ou seja, quanto à *proteção de dados pessoais*. Isso porque, é a partir da utilização (indevida) dos dados contidos nos livros de registro, que a publicidade registral (e o conseqüente direito de acesso às informações) poderá colidir com o direito à privacidade (no âmbito de proteção de dados pessoais).⁶⁴

Nesse sentido é o entendimento de Mouteira Guerreiro⁶⁵ ao afirma que:

-
61. Menezes Cordeiro, por exemplo, fala em esferas: pública, individual-social, privada, secreta e íntima. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 206.
 62. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., op. cit., p. 319.
 63. Importante ressaltar que, dentre os países da Europa, Portugal foi o primeiro a disciplinar constitucionalmente a proteção específica de dados pessoais. LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, p. 267-292, ano 8.
 64. SCHEELJE, Álvaro Delgado, op. cit., p. 11.
 65. GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. O registro imobiliário e o direito à protecção dos dados pessoais. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 263.

“A proteção dos dados pessoais procura salvaguardar o direito à intimidade através da restrição aos pedidos de informação, visto que existe um interesse relevante em conservá-los num âmbito particular, sigiloso e restrito. Ou seja, o inverso do que se pretende conseguir com a publicidade registral (ou qualquer publicidade).”

Pelo exposto, sabendo que a esfera individual do direito à privacidade busca resguardar o acesso aos dados pessoais dos indivíduos e existindo no ordenamento jurídico português Lei de Proteção de Dados Pessoais, a segunda parte deste segundo capítulo buscará identificar os dispositivos da referida lei portuguesa que, em matéria registral, assumem maior relevância.

3.2 *A lei portuguesa de proteção de dados pessoais*

Conforme já foi dito, a proteção dos dados pessoais é reflexo da esfera individual do direito à reserva da intimidade da vida privada. Diante disso, a circulação de dados, necessária para ao desenvolvimento social e econômico, precisa ser conciliada com a proteção que decorre do referido direito de personalidade.

Visando estabelecer os parâmetros para a conciliação acima referida, o legislador português editou a Lei 10/1991, de 29.04.1991. Posteriormente, com o objetivo de transpor para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE, de 24.10.1995,⁶⁶ do Parlamento Europeu e do Conselho, a Lei 10/1991 foi substituída pela Lei 67/1998, de 26 de outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais – LPDP).⁶⁷

Antes de analisar os dispositivos da Lei 67/1998 que se aplicam à atividade desempenhada pelos registros públicos, faz-se necessário esclarecer que:

a) os registros públicos, nos termos do art. 27.º, n. 4, da Lei 67/1998, por armazenarem dados que se destinam a informação do público e podem ser consultados pelo público em geral ou por qualquer pessoa que provar um interesse legítimo, estão isentos de notificar a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNDP a realização do tratamento de dados;

66. A diretiva visou atender o art. 39.º do Tratado de Lisboa que reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental. A fim de adequarem-se a diretiva, outros países europeus também editaram leis especiais de proteção de dados pessoais. Cita-se como exemplo a Lei italiana 675/1996, de 31 de dezembro e a Lei espanhola 15/1999, de 13 de dezembro. LIMBERGER, Têmis, op. cit., p. 267-292.

67. LOPES, J. de Seabra, op. cit., p. 16.

b) mesmo diante da isenção retrorreferida, por serem órgãos que, no exercício das suas atribuições, armazenam e realizam o tratamento de dados pessoais, aos registros públicos aplicam-se às regras de proteção previstas na LPDP.

Uma vez definida a possibilidade de aplicação das regras de proteção de dados pessoais aos serviços registrais, a partir de agora serão listados os dispositivos da Lei 67/1998 considerados pela doutrina⁶⁸ como mais relevantes para a atividade registral.

O primeiro dispositivo da lei de proteção de dados pessoais que merece destaque é o art. 3.º, pois estabelece as *definições de alguns termos* usados pela lei e que devem ser conhecidos para a sua compreensão. Segundo o referido art. 3.º, são:

“a) dados pessoais: qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável;

b) titular dos dados: é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

c) tratamento de dados pessoais: qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efectuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

d) ficheiro de dados pessoais: qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios determinados, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico;

e) responsável pelo tratamento: a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares, o responsável pelo tratamento deve ser indicado na lei de organização e funcionamento ou no estatuto da entidade legal ou estatutariamente competente para tratar os dados pessoais em causa;

68. CASTRO, Catarina Sarmiento, op. cit., p. 383. E, também, REIS, Rafael Vale e; JARDIM, Mónica, op. cit., p. 215.

f) subcontratante: a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento;

g) terceiro: a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, não sendo o titular dos dados, o responsável pelo tratamento, o subcontratante ou outra pessoa sob autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, esteja habilitado a tratar os dados;

h) destinatário: a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo a quem sejam comunicados dados pessoais, independentemente de se tratar ou não de um terceiro, sem prejuízo de não serem consideradas destinatários as autoridades a quem sejam comunicados dados no âmbito de uma disposição legal;

i) consentimento do titular dos dados: qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento;

j) interconexão de dados: forma de tratamento que consiste na possibilidade de relacionamento dos dados de um ficheiro com os dados de um ficheiro ou ficheiros mantidos por outro ou outros responsáveis, ou mantidos pelo mesmo responsável com outra finalidade.”

Outro dispositivo legal que merecer destaque é o art. 15.º, n. 1, pois estabelece algumas *medidas especiais de segurança* no tratamento dos dados ao prever que os responsáveis pelo tratamento dos dados devem tomar as medidas adequadas para:

“a) impedir o acesso de pessoa não autorizada às instalações utilizadas para o tratamento desses dados (controlo da entrada nas instalações);

b) impedir que suportes de dados possam ser lidos, copiados, alterados ou retirados por pessoa não autorizada (controlo dos suportes de dados);

c) impedir a introdução não autorizada, bem como a tomada de conhecimento, a alteração ou a eliminação não autorizadas de dados pessoais inseridos (controlo da inserção);

d) impedir que sistemas de tratamento automatizados de dados possam ser utilizados por pessoas não autorizadas através de instalações de transmissão de dados (controlo da utilização);

e) garantir que as pessoas autorizadas só possam ter acesso aos dados abrangidos pela autorização (controlo de acesso);

f) garantir a verificação das entidades a quem possam ser transmitidos os dados pessoais através das instalações de transmissão de dados (controlo da transmissão);

g) garantir que possa verificar-se *a posteriori*, em prazo adequado à natureza do tratamento, a fixar na regulamentação aplicável a cada sector, quais os dados pessoais introduzidos quando e por quem (controlo da introdução);

h) impedir que, na transmissão de dados pessoais, bem como no transporte do seu suporte, os dados possam ser lidos, copiados, alterados ou eliminados de forma não autorizada (controlo do transporte).”

As medidas de segurança previstas no art. 15.º, n. 1, da LPDP, são ainda mais relevantes nas conservatórias cujos sistemas de tratamento e armazenamento de dados estejam informatizados.

Para além das regras “técnicas” acima referidas, a Lei de Proteção de Dados Pessoais criou alguns direitos aos titulares dos dados dentre os quais, tendo em vista a atividade dos registos públicos, destacam-se os seguintes:

O art. 5.º, n. 1, *b*, prevê que o *critério da finalidade* na obtenção dos dados ao estabelecer que os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades.

O art. 5.º, n. 1, *c*, prevê o *critério da proporcionalidade* na obtenção dos dados ao estabelecer que os dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados.

Os critérios da finalidade e da proporcionalidade serão fundamentais na mediação jurídica entre os direitos de acesso às informações registrais e o direito de proteção de dados pessoais, que será objeto de estudo no terceiro capítulo deste trabalho.

O art. 5.º, n. 1, *d*, estabelece ao titular dos dados *direito de retificação e de atualização* ao exigir que os dados pessoais sejam exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou retificados os dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente.

O direito de retificar o registo que não exprimir a verdade está garantido nos códigos de registos em Portugal e na lei de registos públicos no Brasil.

O art. 5.º, n. 1, *e*, prevê o denominado *direito ao esquecimento*. Ou seja, os dados pessoais devem ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior.

Embora seja difícil conciliá-lo com as finalidades dos registos públicos, o direito ao esquecimento deverá ser levado em consideração no momento de deferimento ou indeferimento do pedido de acesso às informações registrais.

O art. 10.º prevê o *direito de informação* que assiste ao titular dos dados e estabelece que quando recolher dados pessoais diretamente do seu titular, o responsável pelo tratamento ou o seu representante deve prestar-lhe, salvo se já dele forem conhecidas, as seguintes informações:

“a) identidade do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante;

b) finalidades do tratamento;

c) outras informações, tais como: os destinatários ou categorias de destinatários dos dados; o carácter obrigatório ou facultativo da resposta, bem como as possíveis consequências se não responder; a existência e as condições do direito de acesso e de rectificação, desde que sejam necessárias, tendo em conta as circunstâncias específicas da recolha dos dados, para garantir ao seu titular um tratamento leal dos mesmos.”

Em função da natureza pública dos serviços prestados pelas conservatórias de registo, as informações acima referidas são presumidas como de conhecimento do titular dos dados. Contudo, esclarecimentos deverão ser prestados se forem solicitados pelo titular dos dados recolhidos.

O art. 11.º, por sua vez, prevê o denominado *direito de acesso*. Em razão desse direito, o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos:

“a) a confirmação de serem ou não tratados dados que lhe digam respeito, bem como informação sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados;

b) a comunicação, sob forma inteligível, dos seus dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem desses dados;

c) o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito;

d) a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados;

e) a notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea d), salvo se isso for comprovadamente impossível.”

Pelo teor do dispositivo retrotranscrito, entende-se que o direito de acesso aos dados pelo titular é ilimitado e o pedido por ele formulado ou autorizado goza de presunção absoluta de legitimidade.

O art. 7.º, por seu turno, *proíbe*, salvo exceções legais ou autorização da CNPD, o *tratamento de dados sensíveis* ao estabelecer que é proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos.

No caso dos registros públicos, a proibição de tratamento de dados sensíveis possui maior relevância nas conservatórias de registro civil, que armazenam dados relacionados à esfera secreta (ou íntima) dos indivíduos.

O art. 11.º, n. 1, *d*, prevê ao titular dos dados o *direito a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados* cujo tratamento não cumpra o disposto na presente lei, nomeadamente devido ao caráter incompleto ou inexato desses dados.

Segundo Rafael Vale e Reis e Mónica Jardim, alguns autores têm defendido, como mecanismo de proteção, a limitação temporal da “vida” do arquivo do registro, dessa forma se promovendo o desaparecimento do arquivo dos dados passados cuja utilização desafortunada possa lesar o direito à intimidade. Entende-se, contudo, que, no caso dos registros públicos, o apagamento dos dados (ou desaparecimento do arquivo dos dados pessoais) inviabilizaria as conservatórias de exercerem uma de suas funções, ou seja, conter o histórico dominial dos bens registrados, bem como todas as situações relacionadas à vida civil ou à existência jurídica das pessoas singulares e coletivas.⁶⁹

O art. 12.º estabelece que, salvo disposição legal em contrário, o titular tem o *direito de se opor* em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados.

Entende-se que, no caso dos registros públicos, a limitação de acesso às informações registrais solicitadas pelo titular dos dados só poderá ser efetivada se estiver relacionada com dados pessoais sensíveis e possuir previsão legal específica ou for determinada judicialmente.

O art. 13.º prevê aos titulares dos dados o direito de não ficarem sujeitos a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo, *tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado* de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, desig-

69. REIS, Rafael Vale e; JARDIM, Mónica, op. cit., p. 213.

nadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.

Em atenção ao previsto no dispositivo legal retrotranscrito, entende-se que, embora o pedido e a expedição das certidões possam (devam) ser realizados eletronicamente, o juízo de viabilidade do acesso à informação deve ser feito exclusivamente pelo conservador ou pelo funcionário do serviço registral.

Cumprir destacar, ainda, que, conforme estabelece o art. 4.º da LPDP, os dispositivos legais acima referidos aplicam-se, tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, quanto ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a estes destinados.

Por fim, é importante ressaltar que, ao estabelecer os mecanismos de proteção de dados pessoais, limitando o seu uso e divulgação, a Lei 67/1998 indica, também, os critérios de acesso aos dados, ficando evidente, por conseguinte, a necessidade de conciliação entre a liberdade de circulação de informação, entendida como desejável e necessária, e o direito à proteção (privacidade) dos dados pessoais.⁷⁰

Por todo o exposto, é possível afirmar que a existência de diploma legal específico de proteção de dados pessoais é fundamental. Isso porque, ao estabelecer os parâmetros de aplicação das proibições e liberações de acesso às informações, a LPDP confere segurança ao sistema jurídico⁷¹ e auxilia os juristas na tarefa de realizar a articulação entre o direito de acesso e o direito de proteção de dados pessoais.

No direito brasileiro, embora a Constituição Federal estabeleça, desde 1988, que o direito à privacidade é inviolável, o legislador infraconstitucional, até o momento, ainda não editou lei específica de proteção de dados pessoais.⁷²

70. CASTRO, Catarina Sarmiento, *op. cit.*, p. 375.

71. A necessidade de tutela estatal quanto ao tratamento de dados pessoais é reforçada pelo fato de que, após os dados serem armazenados, as pessoas que forneceram os dados normalmente esquecem-se de que os relataram. LIMBERGER, Têmis, *op. cit.*, p. 267-292.

72. Cumprir destacar que, no caso do registro civil das pessoas naturais, a lei brasileira dos registros públicos proíbe que conste nas certidões, salvo se requerida pelo próprio interessado ou em virtude de determinação judicial, qualquer dado de natureza discriminatória como, por exemplo, cor, raça, legitimação de filiação etc. No mesmo sentido é o Enunciado 404, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Todavia, está tramitando na Câmara dos Deputados o PL 4.060, de 13.06.2012, que tem por objetivo “garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar”.⁷³

Vencidas as etapas de estruturação do estudo, o terceiro capítulo do trabalho será destinado à análise dos critérios de mediação jurídica entre o direito de acesso aos dados registrais e o direito de proteção de dados pessoais, bem como identificação do papel do conservador nesse contexto.

4. A MEDIAÇÃO JURÍDICA ENTRE O DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO REGISTRAL

O ordenamento jurídico eficaz, além de unitário (organizado por meio de normas hierárquicas entre si) e completo (sem lacunas), deve ser coerente (sem antinomias).⁷⁴ Entretanto, a aplicação das normas no caso concreto poderá, por vezes, criar direitos aparentemente conflitantes.

No que diz respeito aos bens jurídicos estudados neste trabalho, tendo em vista que a tutela da esfera individual da privacidade visa limitar o acesso de terceiros a dados pessoais, ou seja, exatamente o oposto do que pretende a publicidade registral, é inevitável que, no caso concreto, ocorra, por vezes, colisão entre os direitos.

Ao identificar a possibilidade de colisão entre os referidos direitos, Ricardo Dip⁷⁵ afirma que:

“Não é de admitir, com efeito, que a recolha registral de informações – cuja direção finalística é a de outorgar segurança jurídica – propicie uma propositada instrumentalização violadora da esfera privada por meio da divulgação

“Art. 21. A tutela da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”

73. Na América Latina, com a edição da Lei 25.326/2000 e do Dec. 1.558/2001, a Argentina foi o primeiro país a editar lei especial de proteção de dados pessoais. LIMBERGER, Têmis, op. cit., p. 267-292.

74. FERRAZ JR., Tercio Sampaio, op. cit., p. 187.

75. DIP, Ricardo Henry Marques. Os recursos informáticos e a poietização jurídica de nossos tempos. In: AA. VV. 2.º seminário luso-brasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 199.

onímoda de elementos que, acedidos ao registro, de algum modo integrem o aspecto dos bens de reserva, quais sejam, na trilha de Adriano de Cupis, os do modo de ser pessoal que exatamente exclui a intromissão cognoscitiva de terceiros. Esse direito de reserva – e isto já dissera De Cupis – implica uma relativa limitação da cognoscibilidade de diferentes bens pessoais particulares, superando a prontamente avistável salvaguarda de imagem para, a final, recolher, indo além do plano físico da personalidade, a figuração moral e histórica de cada pessoa.”

Assim, a fim de evitar antinomias, o intérprete deve buscar no ordenamento jurídico critérios para realizar a mediação jurídica entre os direitos postos em causa. Embora a tarefa de articular direitos contrapostos nem sempre seja de fácil realização, pode-se afirmar que sempre será possível realizá-la, pois, caso contrário, estaríamos diante do inaceitável: um sistema jurídico incoerente.

4.1 Os critérios de mediação jurídica entre os direitos em causa

Iniciando a identificação dos critérios de mediação jurídica⁷⁶ com o direito português, entende-se que o ponto de partida é o art. 335.º do CCP, que, ao dispor sobre “colisão de direitos”, estabelece:

“1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.”

A partir da leitura do dispositivo legal retrotranscrito é possível identificar dois critérios de mediação jurídica. O n. 1 do art. 335.º indica, no caso de direitos iguais ou da mesma espécie, o critério da *cedências recíprocas*, enquanto que o n. 2 do art. 335.º indica, no caso de direitos desiguais ou de espécie diferente, o critério da *hieraquia*.⁷⁷

76. Segundo Gomes Canotilho, “na problemática de mediações jurídicas vêm entroncar delicadas questões de metódica e metodologia jurídica que vão desde problemas de interpretação e concretização de textos normativos, até à ponderação de direitos em situação de conflito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 450.

77. Segundo Capelo de Souza, a distinção feita pelo art. 335.º entre direitos iguais ou da mesma espécie e desiguais ou de espécies diferentes constitui um afloramento do princípio da igualdade, ou seja, tratar igualmente situações de interesses iguais

A fim de eleger o critério que será utilizado na mediação jurídica proposta neste estudo, faz-se necessário identificar, a partir do que estabelece o art. 335.º do CCP, a que espécie de direito pertencem a proteção de dados pessoais e o acesso à informação registral.

Por estar inserido em uma das esferas de proteção do direito da privacidade, não há dúvidas quanto ao fato de o direito de proteção de dados pessoais (arts. 26.º, n. 1 e 35.º, n. 4, da CRP e art. 5.º, X, da CF/1988), na qualidade de direito da personalidade, ser espécie de direito fundamental.⁷⁸

Segundo Gomes Canotilho, “muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”. O autor esclarecer, ainda, que:

“Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral da personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”

Soma-se a esse argumento o fato de que os referidos arts. 26.º, n. 1 e 35., n. 4, estão inseridos dentro do capítulo da Constituição da República Portuguesa destinado aos direitos fundamentais.

Por sua vez, o direito de acesso à informação (arts. 37.º, n. 1, e 268.º, n. 2, da CRP e art. 5.º, XXXIII, da CF/1988) também é considerado direito funda-

e de forma desigual situações de interesse desiguais. Ainda segundo o autor, “a análise dos direitos colidentes importa proceder a uma criteriosa identificação e ponderação quer dos bens jurídicos tutelados pelas normas jurídicas estruturantes dos direitos colidentes, quer dos conteúdos dos poderes jurídicos resultantes destes direitos, quer ainda dos fatores reais constitutivos ou modificativos de cada um dos direitos subjetivados em colisão, das modalidades de atividades materiais concretamente exercitadas ou exercitandas pelas partes e dos interesses efetivamente prosseguidos pelas partes”. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., op. cit., p. 533 e 534.

78. O direito à privacidade seria espécie de direito fundamenta de primeira geração (ou dimensão) que, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “constituem postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

mental.⁷⁹ O art. 37.º está localizado no capítulo da Constituição da República Portuguesa destinado aos direitos fundamentais, enquanto que o art. 268.º, n. 2, da CRP, é considerado direito formalmente fundamental fora do catálogo.⁸⁰

O direito de acesso à informação, assim, é espécie de direito que visa a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimento do Estado de Direito. Nessa perspectiva, o direito de acesso às informações constantes dos registos públicos poderia ser classificado como um “direito do homem na qualidade de administrado”.⁸¹

Sendo, portanto, espécies de direitos formalmente fundamentais,⁸² a relação entre o direito de acesso à informação e o direito de proteção de dados pessoais não pode ser mediada pelo critério da “hierarquia”, previsto no n. 2 do art. 335.º do CCP. Isso porque, além de serem da mesma espécie, não há hierarquia (escala de valores) entre direitos fundamentais, que se presumem iguais.

Pelo exposto, tendo como base o que estabelece o art. 335.º, a mediação jurídica entre os direitos postos em causa deve ser pautada pelo critério previsto no n. 1 do referido dispositivo legal, ou seja, as “cedências recíprocas” entre os direitos contrapostos.

79. O direito à informação, por sua vez, seria espécie de direito fundamenta de quarta geração (ou dimensão). MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires, op. cit.

80. Gomes Canotilho insere o art. 268.º, n. 2, da CRP, dentro do grupo dos direitos fundamentais dispersos. Segundo o autor, “o amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucional mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (exemplos: arts. 106.º/3, 127.º/1, 246.º/2, 268.º/2, 3, 4, 5, 269.º/3, 271.º/3 e 276.º/7); outros aproximam-se dos direitos sociais (ex.: 102.º)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 405.

81. Segundo Gomes Canotilho, “pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado”. Idem, p. 248.

82. Os direitos formalmente constitucionais são aqueles consagrados e reconhecidos pela Constituição. A Constituição admite (art. 16.º), entretanto, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Esse direitos, por não estarem no texto da Constituição, são chamados de direitos materialmente constitucionais. Idem, p. 403.

Como espécies de direitos fundamentais, a restrição dos referidos direitos (imposta pelo critério de cedências recíprocas), só é admitida se for realizada pela própria Constituição, por lei autorizada pela Constituição ou, em casos excepcionais, por leis não expressamente autorizadas pela Constituição.⁸³

Esse entendimento decorre do disposto no art. 18.º, n. 2 e 3, da CRP, que estabelecem que:

“2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

No caso objeto deste estudo, os artigos da Constituição, além de preverem “limitação direta”, ainda abrem espaço para a “reserva de lei restritiva”:

O art. 35.º, n. 4, da CRP, prevê que:

“É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos em lei”.

O art. 268.º, n. 2, da CRP, por sua vez, define que:

“Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.”

Pelo teor das normas constitucionais retrotranscritas, verifica-se que tanto do direito de acesso às informações registrais (originário do princípio da publicidade), quanto o direito de proteção de dados pessoais (oriundo do direito à privacidade)⁸⁴ podem ser limitados por lei.

83. *Idem*, p. 450.

84. Segundo Oliveira Ascensão, os direitos da personalidade, por representarem a proteção do indivíduo frente à coletividade, são absolutos e, portanto, possuem eficácia erga omnes. Contudo, o carácter absoluto dos direitos de personalidade não pode representar arbitrariedades dos seus titulares. Assim, mesmo os direitos da personalidade, que são os mais importantes direitos subjetivos, podem vir a ser limitados pela lei e quando colidirem com outros direitos juridicamente tutelados. Nesse sentido, Oliveira Ascensão classifica as limitações aos direitos de personalidade em intrínsecas e extrínsecas. Os limites intrínsecos são demarcados por lei ao estabelecer o conteúdo do direito, ao passo que os limites extrínsecos resultam da necessidade de conjugação com outras situações protegidas. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil...* cit., p. 91 e 92.

Nesse contexto, entende-se que é na Lei 67/1998 (LPDP), por estabelecer os parâmetros em que o acesso aos dados pessoais é restringido e/ou permitido, que serão encontrados os meios de aplicação das “cedências recíprocas” (art. 335.º do CCP) como critério de mediação jurídica entre o direito de acesso à informação registral e o direito à proteção de dados pessoais.⁸⁵

No caso do direito brasileiro, mesmo que ainda não tenha sido editada lei específica de proteção de dados pessoais, será demonstrado a seguir que é possível encontrar no ordenamento jurídico critérios de articulação entre os direitos em causa.

O limite extrínseco previsto por Oliveira Ascensão se assemelha a “ponderação dos interesses postos em causa” citada por Orlando de Carvalho como limitadora dos direitos da personalidade. A ponderação entre interesses contrapostos, a partir das regras previstas no art. 335.º do Código Civil Português, e, sobretudo, da avaliação extraída das circunstâncias objetivas do caso, poderão, segundo o autor, levar a limitação do direito da personalidade. CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 204.

A “ponderação valorativa” também é indicada por Menezes Cordeiro como mecanismo de resolução de conflitos entre o direito à reserva da intimidade da vida privada com outros direitos. CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 203 e 204.

Importante destacar, ainda, que, conforme afirma Oliveira Ascensão, “só em concreto se pode, pois aquilatar a medida em que a personalidade é atingida e a possibilidade de conciliação com outros direitos”. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil... cit.*, p. 99.

85. Segundo Gomes Canotilho, as leis restritivas de direitos fundamentais, previstas na norma do artigo 18.º, da CRP, estão sujeitas a uma séria de requisitos: “Trata-se de estudar ou analisar a 3.ª instância do procedimento da restrição de direitos. Depois de determinado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através de lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados. As questões a debater são essencialmente as seguintes: (1) trata-se de uma lei forma e organicamente constitucional?; estamos perante uma lei da AR ou perante um decreto-lei autorizado do Governo?; (2) existe autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei? (art. 18.º/2); (3) a lei restritiva tem caráter geral e abstrato? (art. 18.º/3); (4) a lei restritiva tem efeitos retroativos? (art. 18.º/3); (5) a lei restritiva observa o princípio da proibição de excessos, estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? (art. 18.º/2, in fine); (6) a lei restritiva diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais? (art. 18.º/3, in fine). As interrogações precedentes apontam para a existência de requisitos formais e de requisitos materiais, positivados na Constituição, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem imperativamente satisfazer”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 451. Os requisitos apontados por Gomes Canotilho como essenciais às leis restritivas de direitos fundamentais parecem ter sido preenchidos pela Lei Portuguesa de Proteção de Dados Pessoais.

Na mediação jurídica entre os direitos (fundamentais) postos em causa neste estudo, entende-se, ainda, que deve ser levado em consideração, por estar diretamente relacionado com a ideia presente no critério das “cedências recíprocas”, o princípio da *concordância prática* ou da *harmonização*. Sobre o referido princípio, Gomes Canotilho afirma que:

“Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”⁸⁶

Por todo o exposto, a segunda parte deste capítulo será destinada à identificação dos parâmetros contidos na Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 67/1998) para a aplicação das “cedências recíprocas” (art. 335.º, n. 1, do CCP) e do princípio da concordância prática ou harmonização como critérios de mediação jurídica da relação entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito de acesso à informação.

4.2 *Os parâmetros de aplicação dos critérios de mediação jurídica*

Dentre os preceitos estabelecidos na Lei 67/1998 para a proteção de dados pessoais estudados no segundo capítulo deste trabalho, os que irão auxiliar na aplicação das “cedências recíprocas” e do princípio da harmonização como critérios de mediação jurídica entre os direitos em causa são, fundamentalmente, os previstos no *art. 5.º, n. 1, b e c*.

O equilíbrio (harmonia) entre publicidade registral, enquanto fim dos registros públicos, e a privacidade das pessoas, cujos dados são objeto de publi-

86. *Idem*, p. 1225. Ao diferenciar ponderação de harmonização, Gomes Canotilho afirma que “em rigor, porém, deve distinguir-se entre harmonização de princípios e ponderação de princípios. Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflituantes. Harmonizar princípios equilava a uma contemporização ou transação entre princípios de forma a assegurar, nesse casos concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. A ponderação reconduz-se à criação de uma hierarquia axiológica move entre princípios em conflito”. *Idem*, p. 1241.

cidade, deve ser encontrado no respeito à *finalidade* (art. 5.º, n. 1, *b*, da LPDP), definida para o tratamento das informações, assim como na observância do princípio da *proporcionalidade* (art. 5.º, n. 1, *c*, da LPDP).⁸⁷

O princípio da finalidade visa limitar a recolha e o tratamento dos dados para os fins relacionados à atividade das instituições que os memorizaram. Assim, a obtenção por terceiros de informações constantes dos livros de registro com finalidade alheia às legalmente estipuladas para cada espécie de registro público consiste em desvio de finalidade da recolha dos dados e é proibida pela LPDP.⁸⁸

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade estabelece que a recolha e o tratamento dos dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados. Assim, a quantidade e a qualidade dos dados requeridos por terceiros devem ser proporcionais ao fim que será dado às informações obtidas.

Sobre os referidos pressupostos quantitativos e qualitativos, Rafael Vale Reis e Mónica Jardim⁸⁹ destacam que:

“Do ponto de vista quantitativo, deve considerar-se a dimensão da solicitação, a cotejar com os eventuais indícios da inexistência de interesse patrimonial ou económico, podendo ser índices semióticos, nesta matéria, a reiteração, ou, por exemplo, a actividade profissional do solicitante. O pressuposto qualitativo relaciona-se com a análise, por parte do Conservador e sob sua responsabilidade, do interesse, público ou privado, que subjaz à solicitação.”

Pelo exposto, a partir da aplicação dos princípios da finalidade e da proporcionalidade, a mediação entre o direito de acesso à informação registral e o direito de proteção de dados pessoais, realizada com base no critério das “cedências recíprocas” e no princípio da concordância prática ou harmonização, tem os seguintes resultados:

a) o direito de acesso aos dados registrados prevalecerá se o requerente demonstrar que a informação solicitada será usada para os fins a que foram armazenadas, ou seja, para uma das finalidades a qual se destinam os registros públicos. Contudo, no caso do desvio de finalidade ou não comprovação da legitimidade do pedido, o acesso à informação registral será negado, cedendo lugar ao direito de proteção de dados pessoais.

87. CASTRO, Catarina Sarmiento, op. cit., p. 390.

88. Idem, p. 391.

89. REIS, Rafael Vale e; JARDIM, Mónica, op. cit., p. 217.

b) da mesma forma, se o pedido de acesso aos dados registrados for desproporcional (tanto no aspecto quantitativo, quanto qualitativo) em relação ao fim que se pretende dar a informação, o acesso será negado em respeito ao direito de proteção de dados pessoais.

Entende-se, portanto, que o acesso à informação registral não é irrestrito, e que o responsável por realizar a mediação jurídica acima indicada é o conservador registral (registrador). Logo, antes de autorizar o acesso à informação registral, o conservador deverá analisar se há relação de proporcionalidade e finalidade entre os motivos que o justificaram o pedido formulado e os serviços prestados pelos registros públicos.⁹⁰

Sobre a atuação do conservador na mediação jurídica entre o direito de acesso à informação registral e o direito de proteção de dados pessoais, Mou-teira Guerreiro⁹¹ afirma que:

“De fato este é o jurista especializado a que o Estado confia e comete a especial função de apreciar a pertinência e legalidade dos pedidos que são formulados perante o registro e que deve ter o poder bem como a responsabilidade a atenção e as cautelas inerentes a tais decisões. No desempenho dessas funções os juízos que o registrador venha a formular não são discricionários antes tem de se pautar pelo interesse público subjacente, pela legitimidade dos solicitantes pela ausência de limitações legais pelo cumprimento de diretivas que deva acatar e anda pelas demais regras incluindo as de natureza ética que regem esta matéria.”

Esse é também o entendimento da doutrina espanhola. Sobre a função do registrador Jesús López Medel⁹² entende que:

“El control del Registrador de la Propiedad de la intimidad (sea estricta o amplia) de todos los sujetos que accedan a los Registros es esencial para el buen funcionamiento del tráfico jurídico en un sentido democrático (...) El Registrador de la Propiedad (...) está llamado, debe convertirse, en el guardián de la seguridad jurídica, de los intereses de los terceros, y de los derechos fundamentales de los particulares a la intimidad y a recibir información veraz.”

Destacando a dificuldade do registrador em aferir o legítimo interesse do requerente, Ricardo Dip⁹³ destaca que:

90. Idem, p. 216.

91. GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. *O registro imobiliário...* cit., p. 273.

92. MEDEL, Jesús López, op. cit., p. 4.

93. DIP, Ricardo Henry Marques. *Os recursos...* cit., p. 199.

“A questão de aferir o *justificado interesse* de terceiros em conhecer os dados registrais é áspera tanto no plano material – quais sejam, os dos lindes desse interesse: são apenas os econômicos? Abrangem amplamente os potenciais ou devem estar em ato ou, quando menos, próximos da atualização? –, quanto no plano probatório e até de titularidade justificativa correspondente. É sedutora a ideia de espalhar a verificação desses interesses pelos marcos de um processo judiciário, de uma atuação notarial ou de um procedimento administrativo, mas essa limitação – já com a nota de uma tendência burocratizante – não pode conviver com a inscribibilidade de títulos de origem particular.”

Nesse contexto, mesmo que o art. 104.º do Código do Registro Predial Português e o art. 17 da Lei dos Registros Públicos brasileira estabeleçam que “qualquer pessoa” poderá requerer informações dos registros, o acesso à informação só será permitido pelo conservador se os requerentes demonstrarem possuir legitimidade⁹⁴ para requerê-la, ou seja, que há relação de proporcionalidade e finalidade entre os motivos que justificaram o pedido formulado e os serviços prestados pela conservatória. Nessa hipótese, estar-se-ia passando de um acesso irrestrito às informações registrais para uma forma de publicidade material registral restrita, existente em alguns sistemas registrais imobiliários, nomeadamente, os sistemas alemão e francês.

Em Portugal, o entendimento ora defendido encontra respaldo, como foi visto, na Lei de Proteção de Dados Pessoais.

No Brasil, por sua vez, embora ainda não tenha sido editada lei específica de proteção de dados pessoais, é possível chegar à mesma conclusão. Isso porque, entende-se que, por serem normas constitucionais de aplicabilidade direta e imediata,⁹⁵ os direitos fundamentais deverão ser respeitados, mesmo antes da

94. Por oportuno, entende importante diferenciar “capacidade” de “legitimidade”. A capacidade é a medida da personalidade e pode ser “de direito” (que todo o ser humano adquire assim que nasce e começa a respirar) ou “de fato” (que é a aptidão para exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, que só é adquirida com a plenitude da consciência). Legitimidade, por sua vez, é uma condição especial, uma capacidade específica para um determinado ato (PINTO, Cristiano Sobral. *Direito civil sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 38). Nesse sentido, capacidade para requerer a certidão, conforme consta nos dispositivos legais já citados, qualquer pessoa possui, mesmo que tenha que ser representada ou assistida. Legitimidade de acesso à informação, contudo, só terá o requerente que demonstrar que o seu pedido possui relação de proporcionalidade e finalidade com os serviços prestados pela conservatória predial.

95. Tanto o disposto no art. 18.º, n. 1, da Constituição Portuguesa, quanto o disposto no art. 5.º, § 1.º, da CF/1988, atribuem aos direitos fundamentais eficácia imediata.

vigência de lei que os regulamente. Como a tutela da privacidade é prevista na Constituição brasileira como direito fundamental (art. 5.º, X), o art. 17 da LRP, deve ser interpretado de modo a não violar o direito à privacidade, tarefa que só será exequível se, ao requerer a certidão perante os registros públicos, o terceiros indicar os motivos do pedido.

Analisando a situação de forma mais rígida, é possível dizer, também, que o art. 17 da Lei 6.015/1973, ao dispor que “qualquer pessoa poderá requerer certidão do registro sem informar o motivo ou interesse do pedido” – por impossibilitar que o oficial de registro verifique se o acesso às informações atinge o direito à privacidade dos registrados (proteção de dados pessoais), previsto no art. 5.º, X, da CF/1988 – é materialmente incompatível com a nova ordem constitucional, não tendo sido, portanto, recepcionado pela nova Constituição.

Entende-se, ainda, que a análise da legitimidade do pedido de certidão pelo oficial de registro brasileiro, diante da ausência de parâmetros legais, será pautada pelo princípio da concordância prática ou harmonização, também defendido pela doutrina brasileira⁹⁶ como critério de articulação entre direitos contrapostos diante do caso concreto. Nesse contexto, o resultado prático da mediação jurídica a ser realizada pelo oficial de registro brasileiro será o mesmo que alcançado pelo conservado português, nos termos anteriormente explicitados.

A necessidade de demonstração de interesse legítimo para a obtenção de certidão é defendida por Ricardo Dip, que, ao tratar do art. 17 da Lei dos Registros Públicos, apresenta os seguintes argumentos:

“Esse dispositivo da Lei 6.015/1973, porém, poderia entender-se de algum modo apartado do mais estrito figurino constitucional vigente do *direito de certidão* no Brasil, pois a Constituição Federal de 1988 impõe assegurar-se a

Sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais, Bilbao Ubillos afirma que o direito fundamental “poderá ser invocado diretamente, em ausência de uma regulação legal, e será possível obter a oportuna satisfação com seus próprios critérios, a partir da ponderação”. Ainda segundo o referido autor, “um direito cujo reconhecimento depende do legislador não é um direito fundamental. É um direito de categoria legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador. (...) Daí que o termo ‘eficácia mediata’ denote um equívoco. Aqueles que defendem a necessidade de uma mediação legal como uma obrigação para o reconhecimento do direito estão negando, na realidade, a eficácia ‘horizontal’ dos direitos fundamentais”. Apud, LIMBERGER, Têmis, op. cit., p. 267-292.

96. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires, op. cit., p. 174.

obtenção de certidão ‘para defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal’ (art. 5.º, XXXIV), o que já sinaliza um *campo de interesse* depois realçado na normativa subconstitucional referente à disciplina das certidões expedidas pelos órgãos da administração centralizada ou autárquica, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Lê-se, com efeito, no art. 2.º, da Lei local n. 9.051, de 18.05.1995: ‘*Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido*’. Daí o condicionamento do direito de certidão à prova do interesse legítimo de quem a requer, como fez ver o julgado de um Tribunal superior brasileiro: ‘A negativa da autoridade de conceder a certidão, *uma vez demonstrado o legítimo interesse do impetrante* – instruir ação judicial com o documento – e não se tratar de assunto sigiloso, configura lesão a direito assegurado ao cidadão pela Constituição’” (STJ, 3.ª Seção, MS 3.592, j. 11.02.1998, Min. Feliz Fischer, o itálico não é original).

Por todo o exposto, conclui-se que, ao requerer a certidão, tanto em Portugal, quanto no Brasil, o terceiro interessado deverá se identificar e declarar os motivos que o levaram a fazer o pedido, a fim de possibilitar que o serviço de registro analise o requerimento e verifique se o acesso às informações registrais, no caso concreto, viola o direito de proteção de dados pessoais.

Importante destacar, nesse contexto, que o titular dos dados e os órgão públicos gozam de presunção de interesse legítimo no pedido de certidão, estando isentos de justificar os requerimentos. No caso do pedido formulado pelo titular dos dados, ou mediante a sua autorização, a presunção de legitimidade do interesse é absoluta e decorre do direito de acesso previsto no art. 11.º da LPDP. Os órgãos públicos, por sua vez, gozam de presunção relativa decorrente da presunção *iures tantum* dos atos administrativos,⁹⁷ assim, para que os efeitos da presunção se operem, é necessário que o órgão público esteja autorizado por lei a solicitar a informação (princípio da legalidade no direito administrativo).

Por fim, cabe informar que, em Portugal, as normas de proteção dos dados pessoais foram introduzidas no registro predial pelo Dec.-lei 533/1999, de 11 de dezembro, no registro de automóveis pelo Dec.-lei 182/2002, de 20 de agosto, no registro comercial pelo Dec.-lei 76-A/2006, de 29 de março e, finalmente, no registro civil pelo Dec.-lei 324/2007, de 28 de setembro.⁹⁸

97. MAFFINI, Rafael. Direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 48.

98. LOPES, J. de Seabra, op. cit., p. 16.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível concluir que:

a) O princípio da publicidade, por gerar presunção de conhecimento (cognoscibilidade) dos fatos jurídicos registrados, é fundamental na estrutura dos sistemas registrais português e brasileiro. Pode-se afirmar, ainda, que o direito de acesso à informação registral pelos terceiros interessados, como consequência da referida presunção, é garantia de segurança nas relações de direito envolvendo pessoas e bens, estando, portanto, protegido pela Constituição.

b) Por sua vez, o direito à reserva da intimidade da vida privada, na qualidade de direito da personalidade, também possui garantia constitucional. No que diz respeito a sua esfera individual (ou pública), o direito da privacidade pode limitar, inclusive, o acesso aos dados pessoais de interesse público, como é o caso dos constantes dos arquivos dos serviços de registro.

c) Sendo assim, ao expedir as certidões dos registros, o oficial de registro deverá estar atento para, diante do caso concreto, cumprir a finalidade precípua dos registros públicos (dar publicidade dos fatos jurídicos registrados) sem ferir o direito à proteção de dados pessoais dos registrados.

d) A tarefa que se apresenta não fácil. Contudo, o registrador, na qualidade de profissional do direito dotado de fé pública e de autonomia no exercício das suas funções, deve estar preparado para atuar como interprete das leis.

e) Se o complexo ordenamento em que vivemos, fruto de uma sociedade pluralizada, apresentar normas jurídicas que tutelam direitos contrapostos, o registrador, ao efetuar a subsunção, tem o dever de, a partir de critérios previstos no ordenamento, realizar a mediação jurídica entre os direitos em causa.

f) Assim, a fim de possibilitar a análise da legitimidade do pedido de certidão por parte do registrador, o requerente deverá se identificar e explicitar o fim para o qual pretende usar os dados solicitados.

g) A partir dos motivos explicitados pelo requerente, o registrador, utilizando o critério das “cedências recíprocas” e o princípio da concordância prática ou harmonização, realizará a mediação jurídica entre o direito de acesso à informação registral e o direito de proteção de dados pessoais com a finalidade de verificar se há relação de proporcionalidade e finalidade entre os motivos que o justificaram o pedido e os serviços prestados pelos registros públicos. Se a conclusão for positiva, a certidão será fornecida, caso contrário, o acesso à informação registral deverá ser negado.

h) Por fim, cabe destacar que diante do atual processo de informatização pelo qual os serviços de registros, portugueses e brasileiros, estão passando,

entende-se que a mediação jurídica entre o direito de acesso às informações registrais e o direito de proteção de dados pessoais é tarefa que, por questões de segurança jurídica, não pode ser realizada exclusivamente de forma eletrônica. O pedido e a expedição da certidão podem (devem) estar informatizados, contudo, o juízo de viabilidade da expedição da informação deve ser feito exclusivamente pelo registrador ou pelo funcionário do serviço registral.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. vol. I.
- _____. Sociedade da informação e mundo globalizado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.
- CASTRO, Catarina Sarmiento. Privacidade versus publicidade: proteção de informações pessoais e actividade registral. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. vol. I.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Parte geral. Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. vol. I, t. III.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Certidões integrais do registro imobiliário: da prevalência do meio reprográfico. Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. Os recursos informáticos e a poietização jurídica de nossos tempos. In: AA. VV. 2.º seminário luso-brasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. O registro imobiliário e o direito à protecção dos dados pessoais. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. Direito dos registos: o prédio – Loteamento, a propriedade horizontal e problemas conexos. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Portugal e Brasil*. n. 289. t. L. Universidade do Minho, jan.-abr. 2001.
- _____. Publicidade e princípios do registo. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.
- LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à protecção dos dados pessoais. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*. ano 8. p. 267-292. Porto: Faculdade de Direito do Porto, 2011.
- LOPES, J. de Seabra. *Direito dos registos e do notariado*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MEDEL, Jesús López. Naturaleza y sentido de la publicidad registral y del derecho a La intimidad. Disponível em [www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPuntadelEste/Naturaleza%20y%20sentido%20de%20la%20publicidad%20registral%20y%20del%20D%C2%BA%20a%20la%20intimidad.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- PINTO, Cristiano Sobral. *Direito civil sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PIRES de Lima, António de Magalhães; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado. Artigos 1.º a 761.º*. 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. vol. I.
- REIS, Rafael Vale e; JARDIM, Mónica. Publicidade registral e tutela da privacidade – O papel do conservador/registrator. In: AA. VV. 2.º seminário luso-brasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- RODATA, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHEELJE, Álvaro Delgado. Interrelaciones entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad. Disponível em: [www.cinder.info/wp-content/uploads/

file/DocumentosPuntadelEste/Interrelaciones%20entre%20la%20publicidad%20registral%20y%20el%20D%C2%BA%20a%20la%20intimidad.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

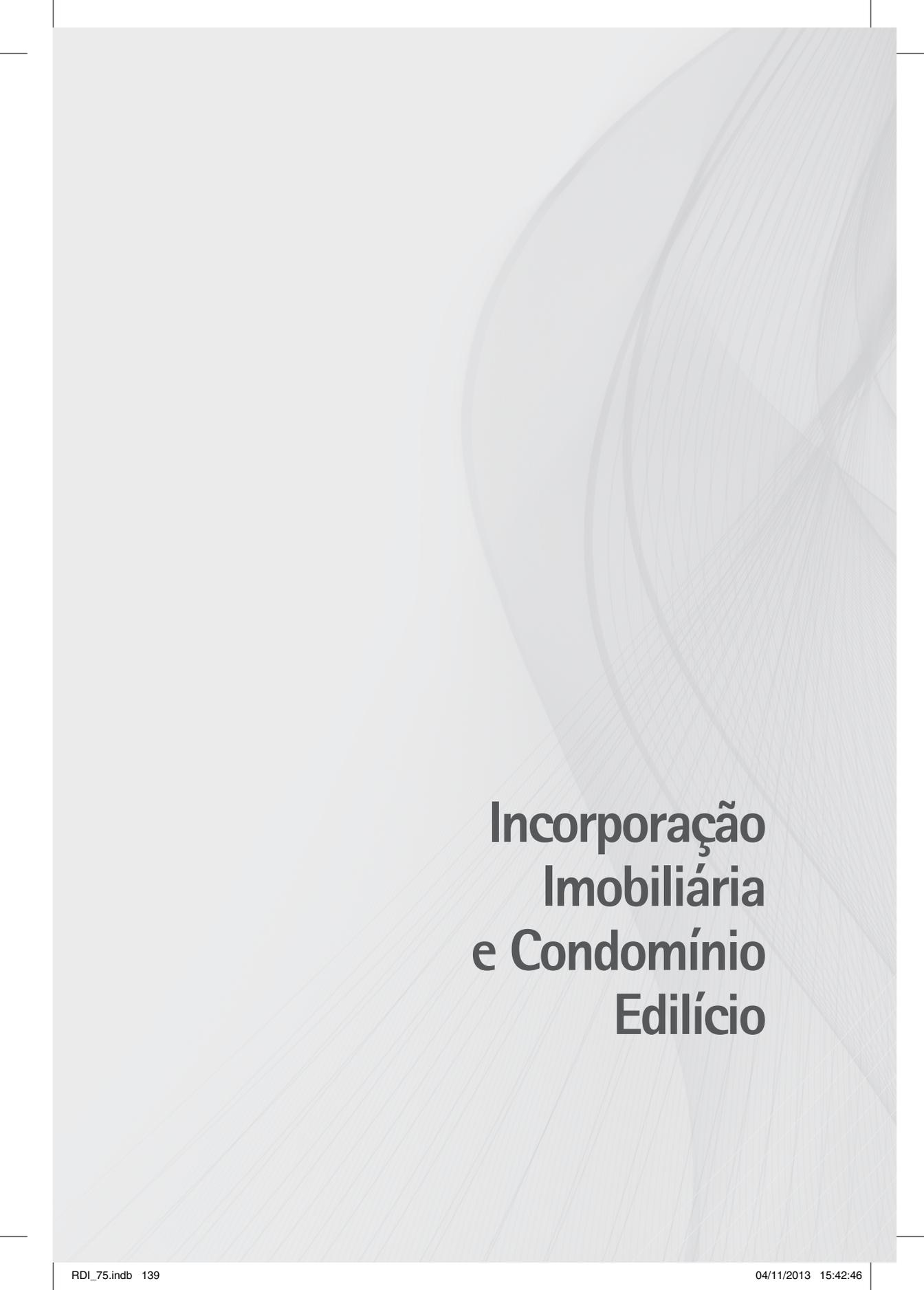
SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 59. p.75-85. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201;
- E todos tinham um número..., de Marco Aurélio Greco – *RIASPO*/143;
- Encontro Internacional em São Paulo – Proteção de dados, novas tecnologias e direito à privacidade nos registros públicos, de vários autores – *RDCI* 59/255;
- O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais, de Andrey Felipe Lacerda Gonçalves – *RDPriv* 54/45; e
- Publicidade registral e direitos da personalidade, de Luís Paulo Aliende Ribeiro – *RDCI* 59/285.

- A fraude à execução e a publicidade registral, de Décio Antônio Erpen, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, vol. 2, p. 1227; e
- Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, organizada por Flávia Cristina Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 1047.



**Incorporação
Imobiliária
e Condomínio
Edifício**



ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL OBJETO DE INCORPORAÇÃO – VALIDADE JURÍDICA E REQUISITOS

MARCOS MELLO FERREIRA PINTO

Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FVG-MG. Professor da Pós-graduação do Ietec e Fead. Consultor do Sinduscon-MG. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O trabalho faz uma análise das consequências jurídicas da alienação fiduciária de um imóvel que é objeto de incorporação imobiliária já registrada. Neste artigo, busca-se reflexão sobre a oponibilidade da garantia aos adquirentes. Além disso, é feita uma análise das obrigações instituições financeiras, como requisito para oponibilidade da garantia aos adquirentes. A validade jurídica da garantia real é estudada com foco nas hipóteses de existência de patrimônio de afetação e ausência do instituto. Por fim, o artigo procura confrontar a questão da garantia com o direito dos adquirentes de promover a destituição da incorporadora que abandona a construção do empreendimento por mais de 30 dias.

PALAVRAS-CHAVE: Incorporação – Alienação – Fiduciária – Oponibilidade – Destituição – Adquirentes.

ABSTRACT: Brief overview of some aspects of contractual protection of the buyer of real estate in the regime of the law of real estate development, having as parameter the social function of the contract and still analyzing the qualification of contracts by types, especially under laws Nos 4.591/1964 and 9.514/1997, seeking to define the appropriate legal regime in the event.

KEYWORDS: Contracts – Real Estate Development – The consumer defense Code – Social function of the contract – Allotment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A incorporação – 3. Disponibilidade do bem incorporado: 3.1 Bens passíveis de alienação fiduciária; 3.2 Interpretação do § 12.º do art. 31-a da Lei 4.591/1964; 3.3 Anuência do promitente comprador como condição da validade jurídica da alienação fiduciária; 3.4 Os efeitos da alienação do terreno objeto da incorporação imobiliária – 4. Possibilidade de registro de incorporação sobre imóvel alienado fiduciariamente – 5. O direito real dos adquirentes – O registro das promessas – 6. Patrimônio de afetação – Defesa do credor fiduciário para opor o ônus ao promitente comprador – Ônus de fiscalização da instituição financeira – 7. Destituição do incorporador e a alienação fiduciária do terreno objeto da incorporação: 7.1 A destituição do incorporador em empreendimento objeto de patrimônio de afetação – Os efeitos sobre a garantia real; 7.2 A destituição de incorpora-

ção sem patrimônio de afetação, gravado com alienação fiduciária – 8. Conclusões – 9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Constitui objeto do presente trabalho a alienação fiduciária em garantia de imóvel gravado com registro de incorporação. Não há, no caso, questionamentos à validade jurídica da alienação fiduciária em garantia das unidades imobiliárias objeto de incorporação imobiliária (unidades em construção).

A questão é verificar se a alienação fiduciária em garantia de um imóvel, objeto de incorporação imobiliária, é juridicamente admissível. Necessário será analisar se o § 12.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964 autoriza ou não a alienação fiduciária do imóvel objeto do registro de incorporação ou somente das unidades.

A doutrina de forma limitada vem enfrentando a questão. Melhim Namem Chalhub afirma que “dada a multiplicidade de atos que deverá praticar para exercer a incorporação, o incorporador (...) poderá alienar fiduciariamente o terreno e as acessões a um financiador como garantia de financiamento que eventualmente tomar par construir o edifício (...)”.¹

A posição da doutrina é desacompanhada de uma análise mais aprofundada da questão, o que justifica um estudo mais criterioso da questão.

Na verdade, várias questões vêm à mente quando se depara com a alienação fiduciária de um imóvel objeto de incorporação imobiliária. Como se poderia alienar ou transferir, mesmo que de forma funcionalizada, a propriedade de um bem objeto de incorporação imobiliária? É esse bem disponível? A incorporação imobiliária em si não impediria o incorporador de alienar fiduciariamente (transmitir) a propriedade do bem objeto de oferta pública, já alienado a terceiros? Como são resguardados os direitos dos adquirentes na hipótese de execução da garantia fiduciária? A alienação fiduciária do imóvel objeto de incorporação viola as regras de proteção dos consumidores previstas na Lei 4.591/1964? É possível o exercício pelos adquirentes dos direitos assegurados no art. 43, VI e § 2.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964,² com a alienação fiduciária do principal insumo da construção, o terreno?

1. CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.
2. Sobre destituição do incorporador inadimplente ver PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. *O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 244 e 271-273.

2. A INCORPORAÇÃO

No presente artigo, tenta-se responder essas questões. O primeiro ponto a ser abordado passa necessariamente na concepção do próprio negócio da incorporação imobiliária.

Caio Mário (p. 231), 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

A caracterização da figura do incorporador imobiliário foi desenvolvida com maestria por Melhim Namen Chalub. 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 produção necessários para realização da construção e para oferta das unidades imobiliárias no mercado”. 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”.⁴

A definição legal de incorporação é feita no próprio texto legal, apesar de não ser esta a melhor técnica legislativa. O parágrafo único do art. 28 da Lei de Incorporações (Lei 4.591/1964) estabelece que para os efeitos da 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”.

Cita-se, ainda, necessariamente, a definição de Caio Mário (p. 249), para o incorporador. A definição do mestre traz elementos essenciais à questão presente: “para a nova lei a qualidade de incorporador estende-se *ao proprietário ou adquirente do terreno*, que promova a edificação destinada à utilização condominial, uma vez que *exponha as unidades, total ou parcialmente à venda, antes da conclusão das obras* (art. 30)” (sem grifos no original).

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

4. CHALHUB, Melhim Namen, ob. cit., p. 21.

3. DISPONIBILIDADE DO BEM INCORPORADO

Assim, passemos à primeira questão levantada. Pode o incorporador dispor do terreno e futuras acessões, objeto de registro de incorporação, insumo básico para a execução do negócio jurídico pretendido, quando já prometeu à venda unidades a adquirentes finais?

Parafraseando o Min. Cesar Asfor Rocha, só quem pode alienar pode alienar fiduciariamente, e só as coisas que se pode alienar podem ser alienadas fiduciariamente.⁵

Após o registro da incorporação, a nosso ver, o incorporador passa a dispor das unidades futuras a serem construídas. O objetivo da incorporação é permitir a alienação das frações ideais e das futuras acessões, mesmo antes da expedição do “habite-se”. Entretanto, é questionável se o incorporador mantém disponibilidade em relação ao terreno como um todo, objeto da incorporação.

Os tribunais reconhecem que o terreno objeto de incorporação é coisa fora do comércio, sendo impossível ao cartório de registro de imóveis promover registro que importe na alienação do terreno incorporado:

“Hoje a Justiça já reconhece de forma explícita a transformação substancial do imóvel – do ponto de vista físico e jurídico – acarretada pela incorporação, a saber: ‘(...) o registro do memorial de incorporação tira do mundo jurídico, como um todo, o terreno incorporado, sendo vedado ao oficial a por daquela ocasião, efetuar o registro que lhe diga respeito, pois, com a incorporação, o terreno incorporado deixa de ter existência legal” (decisão da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro mencionada no julgamento do Processo 135/1986, do CSM/RJ, em 14.01.1987).

É comum em todas as definições doutrinárias ou legislativas da incorporação a finalidade de venda durante, ou antes, da construção das futuras unidades. Neste ponto, nasce a primeira dúvida sobre a viabilidade da alienação fiduciária. O incorporador que aliena fiduciariamente o imóvel objeto do registro de incorporação não poderá vender as frações ideais correspondente às unidades, simplesmente pelo fato de não ser o titular do direito de propriedade delas. Além disso, após a venda das frações para os adquirentes não poderia ele transferir novamente o direito que já não lhe pertence em garantia. Permitir a alienação fiduciária em garantia do terreno objeto da incorporação é permitir duas transferências de titularidade (propriedade) do mesmo bem para pessoas diferentes.

5. REsp 329.968/DF, DJ 04.02.2002. A frase original referia-se a hipotecas.

Após a incorporação o terreno é dividido em frações e essas frações são prometidas aos adquirentes. Se admitida a alienação fiduciária do todo, significa dizer que o incorporador está transferindo o todo, quando já pode ter vendido parte para terceiros.

A garantia real do imóvel somente poderá ser ofertada por aquele que possui o direito de alienar o bem (art. 1.420 do CC/2002). Celebradas as promessas de compra e venda entre a construtora e os adquirentes, não mais possui aquela o poder de dispor do imóvel; em consequência, não mais poderá aliená-lo fiduciariamente ou gravá-lo com hipoteca, sem a anuência dos compradores.⁶

No estudo presente, é necessário ter o incorporador como proprietário titular do domínio pleno sobre o imóvel no qual será erguido o empreendimento. Não é sempre esse o caso. Existem outras estruturas de negócio em que o incorporador não é o titular do domínio, mas promissário comprador, cessionário, promitente cessionário ou mandatário do proprietário do terreno.

De qualquer forma, para o caso em tela, o incorporador deve ser titular do domínio ou domínio útil do bem, capaz de aliená-lo fiduciariamente. Nas outras hipóteses de relação jurídica do incorporador com os imóveis objetos da incorporação, o incorporador não será titular de direito passível de alienação fiduciária.

3.1 *Bens passíveis de alienação fiduciária*

A Lei 9.514/1997 positivou a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis estabelecendo que é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

A Lei estabeleceu, assim, que podem ser objeto de alienação fiduciária de bens imóveis a propriedade plena, os bens enfitêuticos, o direito de uso para fins de moradia, o direito real de uso alienável e a propriedade superficiária. Em relação aos bens enfitêuticos, comuns nas cidades litorâneas brasileiras, em que há edificações em terreno da marinha, a Lei permite a alienação fiduciária, não havendo maiores considerações sobre a matéria.

O direito real de uso especial para fins de moradia consiste no direito adquirido por aquele que possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família. Tem, assim, o direito à concessão de

6. REsp 431.440/SP, Min. Nancy Andrighi, DJ 17.02.2003, p. 6.

uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Podendo o direito real de uso especial ser, portanto, objeto de alienação fiduciária para fins de garantia, por ser direito real sobre bem imóvel.

O direito de uso regulado nos arts. 1.412 e 1.413 do CC/2002 refere-se ao direito real de uso da coisa e percepção de frutos, podendo ser objeto de alienação fiduciária enquanto durar o direito alienado.

O direito de propriedade superficiária regulado nos art. 1.369 do CC/2002 consiste no direito real adquirido do proprietário de um imóvel para construção ou plantação no terreno, mediante escritura pública devidamente registrada no cartório de registro de imóveis, a determinado termo. A concessão da superfície poderá ser gratuita ou onerosa. O adquirente do direito real, denominado superficiário, assume os encargos da coisa, obrigando-se a conservá-las. O CC/2002 estabelece ainda que o direito real de superfície é alienável a terceiro e passível de sucessão hereditária. A lei determina que o proprietário terá direito de preferência em igualdade de condições, caso o superficiário queira vender o bem. Findo o prazo concessivo do direito de superfície, a lei estabelece que as benfeitorias incorporam-se ao patrimônio do proprietário, independente de indenização.

A alienação fiduciária do direito real de superfície não encontra muitas dificuldades, devendo as partes observar que, findo o direito real de superfície, a garantia fiduciária perderá seu objeto. Por isso, a norma do § 2.º do art. 22 da Lei 9.514/1997 determinou que a garantia fiduciária tenha como limite temporal a duração da propriedade superficiária. Assim, podem ser objeto de alienação fiduciária de bens imóveis, além do direito de propriedade pleno, todos os direitos reais enumerados no art. 22 da Lei 9.514/1997.

Nesse sentido, é necessário concluir que o incorporador deverá ser titular dos direitos reais enumerados no art. 22 da Lei 9.514/1997 para alienar o bem fiduciariamente.

3.2 Interpretação do § 12.º do art. 31-a da Lei 4.591/1964

Questão relevante a ser analisada, ainda, é se o § 12.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964 autoriza ou não a alienação fiduciária do imóvel objeto de incorporação imobiliária. O artigo diz que, quando há a contratação de financiamento e constituição de garantias, essa pode ser feita “mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação”. Necessária é a interpretação da extensão da expressão “unidades imobiliárias integrantes da incorporação”. O legislador, no caso, refere-se

as unidades em construção ou aos imóveis ou imóvel sobre o qual ergue-se o empreendimento?

O dispositivo em questão não contém, a nosso ver, autorização ou previsão de alienação fiduciária do imóvel objeto da incorporação, mas das unidades que integram esse empreendimento. É possível afirmar que o dispositivo não contém qualquer autorização legislativa para concluir que o imóvel no qual se registrou a incorporação seja passível de alienação fiduciária.

Não existindo a previsão legislativa ou vedação expressa em lei para a alienação fiduciária do imóvel no qual se ergue o empreendimento, há de ser verificado se essa alienação é possível à luz e para os fins da Lei 4.591/1964, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor .

3.3 Anuência do promitente comprador como condição da validade jurídica da alienação fiduciária

Se entendido que o § 12.º do art. 31-A autoriza a alienação fiduciária do imóvel objeto de incorporação, estaremos diante do primeiro ponto de dicotomia interna na lei. A dicotomia ou conflito efetivo normativo está presente em relação ao arts. 31, *a* e 32, *a*, da mesma Lei.⁷⁻⁸

Os dispositivos acima mencionados claramente exigem que o incorporador seja proprietário do bem objeto da incorporação imobiliária. A condição de propriedade ou titularidade de direito irrevogável de aquisição do incorporador sobre o imóvel objeto da incorporação é essencial para validade jurídica dos negócios a serem celebrados com os adquirentes das unidades imobiliárias. Afinal, os adquirentes estão celebrando contrato sobre coisa futura, mas sobre o qual possuem, nos termos da lei de incorporação, direito real irrevogável de aquisição do domínio.

7. “Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá 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.”

8. “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado.”

Para verificar se o incorporador poderá alienar fiduciariamente o imóvel objeto de incorporação é preciso investigar se ele tem a disponibilidade do bem.

Neste ponto, surgem duas hipóteses relevantes. O incorporador após o registro da incorporação, mas antes da alienação, vendeu as frações para os adquirentes. A segunda hipótese seria aquela em que o incorporador, antes de vender qualquer unidade, aliena fiduciariamente o todo em garantia.

A primeira hipótese parece até mesmo absurda do ponto de vista da disponibilidade. Resta claro que o imóvel objeto de promessa de compra e venda está entre as coisas as quais não se pode alienar, exceto, é claro, para o promitente comprador. Por isso não poderia ser alienado fiduciariamente. Após a venda de parte do todo (fração), o incorporador alienaria (transferiria) a propriedade em garantia.

A possibilidade de cessão ou alienação da posição contratual do incorporador é assim defendida por Chalhub:

“O incorporador pode ceder sua posição contratual, transmitindo ao cessionário os direitos e as obrigações vinculadas à incorporação. Tendo em vista a diversidade de formas de que pode se revestir o negócio da incorporação, a forma jurídica pela qual se promoverá essa cessão deverá ajustar-se aos termos em que tiver sido estruturada a incorporação. Se, por exemplo, o incorporador, sendo o proprietário do terreno e, ao mesmo tempo, o construtor do edifício, pretender ceder a totalidade de sua posição contratual, deverá contratar a venda do imóvel e a cessão dos direitos de que seja titular no contrato de construção (...)” “e essa operação deverá ser formalizada mediante contrato de compra e venda do terreno e das acessões e contrato de cessão dos direitos creditórios e dos demais direitos e obrigações (...)”. “Neste caso, o adquirente-cessionário (novo incorporador) substituirá o vendedor-cedente (antigo incorporador) na posição de incorporador, tornando-se responsável pelo cumprimento de todas as obrigações decorrentes da incorporação, tais como a de promover a conclusão da obra e a regularização da edificação no Registro de Imóveis, a de ressarcir os prejuízos decorrentes de eventual descumprimento dessas obrigações etc.”⁹

Um ponto não analisado pelo doutrinador acima citado é a necessidade de anuência dos eventuais promitentes compradores quanto à cessão da posição contratual do incorporador. Em relação à obrigação de receber as unidades os promitentes compradores são credores da obrigação. Assim, diante do promi-

9. CHALHUB, Melhim Namen, ob. cit., p. 21-22.

tente adquirente o negócio da cessão entre o antigo incorporador e novo incorporador é uma assunção de dívida. Como tal, há de se aplicar o art. 299 do CC/2002, que exige o expreso consentimento do credor (promitentes compradores) para a validade jurídica do negócio.

Caberia ao cartório requerer declaração do incorporador de que não vendeu qualquer unidade daquele empreendimento para permitir o registro da alienação fiduciária, sob pena de nulidade do ato¹⁰ e a responsabilidade civil e penal do incorporador pela declaração falsa. Caso contrário, todos os promitentes compradores devem anuir expressamente com a alienação fiduciária do terreno objeto da incorporação para o credor-fiduciário, sob pena de anulação do ato que constituiu a garantia.

Mas, a declaração de que nenhuma das unidades foram vendidas pelo incorporador é contra a própria finalidade da incorporação. Como visto, a incorporação existe para permitir a alienação das frações antes da entrega física das unidades. É da própria essência do negócio que existam unidades previamente alienadas. Assim, deve-se presumir pelo próprio registro da incorporação que as frações já foram alienadas para terceiros. Se o incorporador já dispôs dessas unidades antes do negócio fiduciário, ele estaria transferindo em garantia bem que já não lhe pertence e a obrigação de entregar a unidade. De fato, apesar de fugir do escopo do presente trabalho, parece clara a prática de fato tipificado no inc. II do § 1.º do art. 171 do CP.¹¹

10. Sobre a nulidade da garantia real dada sobre imóvel objeto de incorporação após a celebração das promessas de compra e venda cita-se: REsp 78.459/RJ, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.05.1996, REsp 146.659/MG, 4.ª T., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 05.06.2000, REsp 287.774/DF, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02.04.2001, REsp 296.453/RS, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03.09.2001, REsp 329.968/DF, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.02.2002 e REsp 334.829/DF, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 04.02.2002.

11. “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1.º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2.º.

§ 2.º Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

É comum nas promessas de compra e venda de unidades incorporadas que exista autorização para constituição de garantia real sobre o terreno para financiamento da construção. A referida cláusula é rechaçada pelos tribunais pátrios com reconhecimento de nulidade por ser abusiva ao direito do consumidor (art. 51, VIII, do CDC).¹² Nessa hipótese, a ilicitude penal somente será caracterizada se for feita mediante declaração falsa (ausência de comercialização) ou com abuso de mandato ou autorização. Por exemplo, se a autorização era para financiamento específico para construção e o incorporador alienou o imóvel em garantia para operação de capital de giro ou financiamento corporativo (emissão de debêntures).¹³

A presunção de vendas a terceiros das frações ideais após o registro da incorporação é forte.¹⁴ O credor que optou por receber o bem em garantia objeto de incorporação corre efetivo risco de ver sua garantia mitigada, pois recebeu em garantia bem de terceiro, estranho à relação jurídica de crédito e débito.

Mesmo assim, necessário é analisar se a autorização que eventualmente conste das promessas particulares para constituição de garantia, expressamente autoriza a alienação fiduciária e se o financiamento foi concedido para os fins expressos na autorização. O credor fiduciário, assim, tem o dever e direito de obter a declaração do incorporador de que nenhuma unidade foi previamente vendida e, se alguma foi, verificar se o incorporador tinha autorização

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias.”

12. Em seu voto (REsp 296.453/RS) o Min. Carlos Alberto Menezes Direito declara ser nula, por abusiva (art. 51, VIII, do CDC), a cláusula-mandato inserida no instrumento de compromisso de compra e venda, segundo a qual o promissário-comprador autoriza a construtora (promitente-vendedor) a instituir, em favor de terceiro (agente financeiro), hipoteca sobre o imóvel.
13. A jurisprudência que culminou na publicação da Súmula 308 do STJ vinha se posicionando no sentido de reconhecer como abusiva esta cláusula contratual, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada. Pois, além de pagar o preço pactuado acabaria tendo de suportar dívida do vendedor (incorporador) que surgiu após a fixação das condições do negócio.
14. “O banco era sabedor de que as unidades do empreendimento imobiliário eram objeto de contrato de promessa de compra e venda, afinal esta a atividade da empresa com a qual contratara. Ademais, na própria matrícula do imóvel se verifica que a averbação do memorial descritivo e da incorporação do condomínio antecedem à hipoteca” (STJ, REsp 247, Min. Athos Carneiro, DJ 20.11.1989).

ou procuração para alienar fiduciariamente o bem objeto da incorporação para garantia daquela operação financeira.

Ausente a autorização para constituição da garantia, nula ou anulável será a alienação fiduciária, pois o devedor alienou bem que já não lhe pertencia em garantia da dívida.

Nesse sentido é possível concluir que o imóvel objeto da incorporação não pode ser alienado fiduciariamente pelo incorporador sem anuência do atual titular do direito de aquisição (promitente comprador), seja por autorização expressa anterior constante da promessa ou no próprio negócio fiduciário.

3.4 *Os efeitos da alienação do terreno objeto da incorporação imobiliária*

A natureza jurídica da alienação fiduciária é muito mais ampla do que uma mera hipoteca (garantia normalmente usada pelas instituições financeiras e incorporadoras para esse tipo de operação). Pela alienação fiduciária há efetiva transferência de domínio, mesmo que resolúvel, para o credor fiduciário. O incorporador que já alienou as unidades para adquirentes, assim, estaria novamente alienando o bem para determinado credor em garantia da dívida.

Observa-se, ainda, que segundo a doutrina acima transcrita o incorporador que aliena o terreno transfere ao adquirente sua posição contratual de incorporador. Vale dizer, a incorporação imobiliária é parte do registro do imóvel e suas consequências jurídicas são transmitidas pelo titular junto com o imóvel, se alienado. No caso, se admitida a disponibilidade do bem objeto da incorporação, na forma da melhor doutrina o bem transferido ao credor-fiduciário não é isento de gravame, mas afetado pelo registro da incorporação. Tal fato acarreta dúvida se o novo titular, seja pela consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário, ou arrematante em leilão extrajudicial, estará necessariamente assumindo a posição de incorporador? O incorporador não dispõe do bem objeto da incorporação de forma plena, mas vinculado ao registro da incorporação anterior.

No caso, chama atenção o conteúdo da segunda parte do § 12.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964.¹⁵ O dispositivo claramente indica que o cessionário

15. “§ 12.º A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do

das obrigações cedidas fiduciariamente não assume nenhuma das obrigações e deveres do cedentes decorrentes da incorporação imobiliária. Tal dispositivo refere-se claramente à hipótese de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização das unidades. Ou seja, se o incorporador cede fiduciariamente ou não os recebíveis das promessas de compra e venda, o cessionário do crédito não está obrigado a cumprir a contraprestação do contrato, entregando a unidade prometida à venda.

O incorporador, após a celebração de promessas de compra e venda das unidades, não mantém disponibilidade sobre o terreno objeto da incorporação. O imóvel como um todo já não lhe pertence para aliená-lo fiduciariamente.

O registro da incorporação permite ao incorporador apenas alienar as unidades, mas não o terreno objeto da incorporação sem transferir sua posição de incorporador, sob pena de perder a condição de titular de propriedade sobre o imóvel objeto da incorporação. A cessão da posição contratual do incorporador, como coloca Chalhub (p. 21), está atrelada à alteração da titularidade sobre o terreno objeto da incorporação. Transferida a propriedade, com anuência dos credores (promitentes compradores), o novo proprietário será o incorporador e sub-roga-se em todas as obrigações do antigo titular.

O art. 32 da Lei de Incorporações assegura ao incorporador a possibilidade de negociar as unidades e não o terreno. Se negocia o terreno de que já não dispõe integralmente, só pode fazê-lo com a transferência da condição de incorporador associada à propriedade.

Nesta ordem de pensamento, o incorporador que alienar fiduciariamente o terreno incorporado modificaria a relação jurídica que exerce sobre o bem, após o registro do ato que lhe permite oferecer ao público em geral as unidades e suas respectivas frações ideais.

É de nossa opinião, diversa daquela externada por Chalhub (p. 21), que de fato o incorporador não pode alienar fiduciariamente o bem objeto de incorporação, pois a transferência da propriedade de imóvel incorporado acarreta a transferência das obrigações do incorporador, sendo verdadeira cessão da posição contratual do incorporador, o que é incompatível com a transferência para fins de garantia. O imóvel transferido em alienação fiduciária deve necessariamente ser disponível. Eventual arrematante em leilão público não estaria, em tese, obrigado a cumprir a incorporação, por ser a arrematação em leilão público aquisição originária.

incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.”

Os arts. 32 e 31 da Lei 4.591/1964 tratam dos requisitos para o registro do memorial e para o exercício da atividade de incorporador. A questão é que a alienação fiduciária se faz não antes do registro da incorporação, mas após o ato de registro da incorporação, desaparecendo a relação jurídica anterior que o incorporador mantinha com o bem objeto da incorporação.

O incorporador assume obrigação intransferível de entregar as unidades aos adquirentes. Na hipótese do art. 43 da Lei de Incorporações essa obrigação se faz a preço certo. Não é possível na sistemática da lei a substituição do incorporador por outro, fora da hipótese de destituição através do condomínio de adquirentes, sem anuência de *todos* os adquirentes. Vale dizer, o incorporador não pode transferir a outrem a obrigação contratada com os adquirentes, sem anuência unânime de todos.

Assim, seja pela prévia alienação das partes a outrem do terreno (promessas de compra e venda das frações), pela impossibilidade do incorporador modificar sua relação jurídica com o bem objeto da incorporação, ou pela ausência de direito do incorporador se substituir sem anuência dos adquirentes, parece impossível admitir a alienação fiduciária do bem objeto da incorporação pelo incorporador.

4. POSSIBILIDADE DE REGISTRO DE INCORPORAÇÃO SOBRE IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE

A hipótese, neste capítulo, é aquela em que o incorporador, antes mesmo do registro de incorporação e antes de alienar qualquer unidade no mercado aliena fiduciariamente o terreno (imóvel objeto da incorporação) em garantia de financiamento de recursos para construção do futuro empreendimento.

Há de se verificar, inicialmente, se o direito real de aquisição que permanece com o incorporador, após a alienação fiduciária do bem, é passível de atender aos requisitos do art. 31 e 32 da Lei 4.591/1964, permitindo o próprio registro da incorporação.

A alínea *a* do art. 32 da Lei 4.591/1964 permite o registro da incorporação e o exercício do direito de incorporar quando há “promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel”. O direito do incorporador devedor fiduciante é irrevogável e irretroatável, pois seu direito à propriedade plena depende apenas do cumprimento da condição resolutiva da propriedade do credor fiduciário. Assim, a princípio estaria atendido o requisito legal.

O § 3.º do art. 1.361 do CC/2002 estabelece que a propriedade superveniente adquirida pelo devedor-fiduciante, decorrente do pagamento da dívida,

torna-se eficaz desde o arquivamento da transferência da propriedade fiduciária, ou seja, paga a dívida a extinção da propriedade fiduciária tem efeito *ex tunc*, passando o fiduciante a ser proprietário pleno da coisa sem qualquer limitação.

Na alienação fiduciária de bens imóveis, o art. 25 da Lei 9.514/1997 estabelece, de forma análoga, que paga a dívida e seus encargos resolve-se a propriedade fiduciária, devendo o oficial do cartório de registro de imóveis cancelar o registro da transferência da propriedade fiduciária ao credor-fiduciário. Denota-se dessa construção que o devedor-fiduciante tem uma pretensão resolutória, ou seja, uma expectativa real de aquisição, subordinada à existência da condição estabelecida na lei e no contrato.

Para conceituar o direito do devedor-fiduciante, Moreira Alves faz um paralelo entre compra e venda e reserva de domínio, em que “o comprador, antes de pagar integralmente o preço, tem como titular que é de propriedade sob condição suspensiva, direito expectativo, em cujo conteúdo se encontram os *iura possidendi, utendi e fruendi*”.¹⁶ A figura se assemelha em muito a venda com reserva de domínio admitida no direito brasileiro apenas sobre as coisas móveis (art. 517 a 528 do CC/2002) e a figura análoga do direito português conforme estudos de Lima Pinheiro,¹⁷ a venda com reserva de propriedade, visto que nas figuras, à semelhança do caso estudado, existe uma expectativa real de aquisição da propriedade. Tal fato possibilita afirmar que o devedor-fiduciante tem um direito real de aquisição decorrente da expectativa de direito que tem de se tornar proprietário ao cumprir a obrigação.¹⁸ Assim, pode-se afirmar que o direito do devedor-fiduciante tem natureza real, constituído no direito real de aquisição, decorrente do seu direito de propriedade estar sujeito a uma condição suspensiva (*condictio iuris*). Tal direito é passível de avaliação econômica integrando-se ao patrimônio do devedor-fiduciante como “direito expectado”. Em decorrência desse elemento,

16. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 132.

17. PINHEIRO, Luís de Lima. *A cláusula de reserva de propriedade: algumas reflexões sobre a sua função, regime e natureza jurídica*. Coimbra: Almedina, 1988.

18. “Quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém em que se perfizeram elementos de suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. § 577, n. 8.

o direito do fiduciante pode ser objeto de sucessão hereditária, penhorado, dado em pagamento ou cedido.¹⁹

A transferência do direito do devedor-fiduciante não é da propriedade, mas de sua posição jurídica. Assim, aquele que assumir a titularidade do direito a aquisição recebe, também, as obrigações correspondentes, de forma que o sucessor, a que título for, passa a figurar como devedor-fiduciante com os mesmos direitos e obrigações. Aderbal Gonçalves, ao comentar a propriedade resolúvel, salienta que o direito das partes são opostos e complementares de forma que o fato que “aniquila o direito de um consolidará”²⁰ o do outro.

A construção é por demais simples: paga a dívida desaparece o direito do credor-fiduciário sobre a coisa. Não paga a dívida, o devedor-fiduciante é quem perde o seu direito sobre a coisa.

No caso de alienação das frações, quando o terreno está alienado fiduciariamente, o incorporador está cedendo parte da sua posição contratual, ou seja, do direito à aquisição da coisa. Neste sentido, a alienação da fração se dará por cessão de parte do direito aquisitivo e não por compra e venda da fração, afinal o incorporador não poderá vender o que já não lhe pertence. A propriedade é do credor fiduciário.

Na hipótese, deve-se aplicar a regra geral sobre a cessão da posição do devedor fiduciante. Assim, necessária será a anuência do credor fiduciário em todas as promessas de compra e venda celebradas entre o incorporador e os adquirentes, promessas essas que na verdade serão instrumento de cessão de direitos aquisitivos e acessões.

O fiduciante pode ceder sua posição contratual. O devedor-fiduciante é titular do direito real de aquisição sujeita a condição suspensiva, um direito passível de percepção econômica. Observa-se que, de fato, o devedor-fiduciante não está transferindo o domínio de coisa, mas o direito aquisitivo ao bem fiduciado. Trata-se de transferência de direitos e obrigações, já que o domínio pertence ao credor-fiduciário até a implementação da condição resolutiva. Não há como devedor-fiduciante transmitir o domínio, somente sua posição contratual.

19. Sobre a penhorabilidade do direito do credor e devedor fiduciário Jacomino aponta que é uma condição natural da possibilidade que a lei estabelece de cessão das referidas posições jurídicas. JACOMINO, Sérgio. Penhora – Alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro. *Boletim Eletrônico Irib*. n. 2.245. Disponível em: [www.irib.org.br/biblio/boletimel2233.asp]. Acesso em: 09.05.2009.

20. GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 66.

Tendo em vista que a cessão acarreta a sub-rogação de todos os direitos e obrigações do contrato, a Lei 9.514/1997 exigiu a anuência expressa do fiduciário para validade da cessão (art. 29). A anuência é indispensável, pois, em decorrência dela, há a modificação do sujeito no polo devedor do contrato. O credor tem o direito de se opor a cessão e não anuir, já que o novo devedor poderá não ter as mesmas características de confiança e solvabilidade que o cedente.

A cessão é consolidada pelo registro no cartório de registro de imóveis do termo de cessão, já que há transferência de um direito real de aquisição. A transmissão somente se opera, nesta hipótese, após o registro no CRI. Sem o registro tampouco seria possível que o cessionário se tornasse proprietário, quando implementada a condição e resolvida a propriedade fiduciária que estava em nome do credor-fiduciário.

Na hipótese da cessão do direito à aquisição da unidade o adquirente deverá pagar o preço diretamente ao credor-fiduciário e não ao incorporador devedor fiduciante. Tal assertiva deriva do fato de na cessão haver apenas a substituição do titular dos direitos e obrigações. Eventual pagamento diretamente ao incorporador cedente deverá ser objeto de disposição específica. Mas, a parte referente ao crédito representado pela fração ideal cedida deve ser paga ao credor fiduciário.

Assim, é possível concluir que em havendo alienação fiduciária de imóvel objeto da incorporação imobiliária esta somente será admitida se feita antes do registro da incorporação; e o instrumento contratual para venda das unidades deverá ser a cessão de direito à aquisição de fração ideal com as acessões, com a devida anuência do credor-fiduciário. Sem essa anuência, o negócio jurídico celebrado entre o adquirente e o incorporador devedor fiduciante não tem qualquer validade jurídica, nos termos do art. 29 da Lei 9.514/1974. A exigência dessa anuência, como requisito para validade jurídica da alienação do direito à fração ideal representa sério risco aos adquirentes, que se desavisados da condição de não proprietário do incorporador, poderão estar celebrando negócio juridicamente viciado.

Entretanto, um requisito da norma não é atendido, a imissão na posse. O art. 32, *a*, da Lei 4.591/1964, exige a imissão na posse do titular de direito aquisitivo sobre o bem objeto de incorporação imobiliária. Na alienação fiduciária ocorre o desmembramento da posse. Ao credor-fiduciário a lei atribui a posse indireta e ao devedor-fiduciante a posse direta. A atribuição de posse indireta ao credor lhe permite apossar-se do bem de forma liminar, na hipótese de inadimplemento do devedor, o que impediria a execução da incorporação imobiliária.

A questão é tormentosa, ainda, quando se analisa a questão do direito exercido do credor sobre o bem que será objeto de incorporação imobiliária. O credor é investido da propriedade resolúvel para fins de garantia. Além disso, a sistemática da Lei 9.514/1997 permite a consolidação da propriedade do bem, com todas suas acessões, em nome do credor na hipótese de inadimplência do devedor fiduciante.

De fato, é possível concluir que, em tese, um bem alienado fiduciariamente poderia ser objeto de incorporação imobiliária. Entretanto, tal instrumento, tendo em vista a gravidade das consequências de eventual inadimplência coloca em risco a segurança dos direitos dos adquirentes.

A nosso ver, uma interpretação restritiva do art. 32, *a*, da Lei 4.591/1964, para entender que o titular de direito aquisitivo de bem alienado fiduciariamente não atende os requisitos legais para incorporação é a melhor solução. O risco de perda dos direitos do incorporador sobre o bem de forma abrupta, se inadimplente, coloca em risco os direitos dos adquirentes, que a própria lei busca proteger. De fato, permitir a incorporação sobre imóvel alienado fiduciariamente seria uma temeridade para os adquirentes.

5. O DIREITO REAL DOS ADQUIRENTES – O REGISTRO DAS PROMESSAS

Estabelece o § 2.º do art. 32 da Lei 4.591/1964 que “os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros”. Assim, é direito assegurado aos adquirentes que averbem (registrem) as promessas celebradas com o incorporador no registro imobiliário do empreendimento.

Mas, se o imóvel objeto da incorporação estiver alienado fiduciariamente, esse direito pode ser exercido? Na hipótese do cartório de registro de imóvel permitir a alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação, como visto, deve exigir a declaração de que nenhuma das unidades autônomas havia sido alienada entre a data do registro da incorporação e a alienação fiduciária. E se o cartório não fez tal exigência, como proceder?

O direito assegurado no § 2.º do art. 32 da Lei 4.591/1964 não pode ser negado pelo cartório de registro de imóveis sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos que causar ao adquirente. Além disso, conforme vasta jurisprudência anteriormente citada a garantia real constituída sobre o terreno após a alienação das unidades é nula ou anulável.

A alienação fiduciária não pode impedir o exercício do direito assegurado pelo adquirente a registrar seu contrato, mormente quando este contrato foi celebrado antes da alienação fiduciária.

Em sendo apresentadas o registro das promessas de compra e venda celebradas pelo incorporador entre a data do registro da incorporação e a data da alienação fiduciária, a nosso ver, o cartório deverá promover o registro da promessa.

A questão é séria, pois na alienação fiduciária há efetiva transferência da propriedade para o credor-fiduciário em garantia da dívida contraída. Tal fato coloca uma questão particularmente tormentosa para o cartório de registro de imóveis. Se o cartório simplesmente averba a promessa poderá estar descumprindo a ordem registral. Por essa razão caberia ao cartório, quando do registro da alienação fiduciária, obter declaração do incorporador no sentido de que nenhuma das unidades foi alienada a terceiros ou exigir prova de anuência dos promitentes compradores com a alienação fiduciária do imóvel.

Se o cartório não exigiu a declaração de inexistência de alienações anteriores, há de se verificar a questão temporal. Qual a data da promessa? Se a promessa foi celebrada por instrumento particular, a data de celebração do negócio dependerá de outros elementos de prova: comprovantes de pagamentos ao incorporador e eventual data do reconhecimento de firmas.

Eventualmente, o cartório poderá apontar pendência sobre a questão, o que se resolverá através de processo de dúvida. O adquirente, também, poderá requerer ao juízo cível, através de cautelar, que lhe seja assegurada a averbação da promessa, ajuizando ação principal para declarar impenível ao adquirente a garantia nos termos da Súmula 308 do STJ.²¹ O adquirente prejudicado poderá, inclusive, pedir indenização ao cartório de registro de imóveis que tenha promovido o registro manifestamente irregular da alienação fiduciária.

O registro das promessas anteriores, também, é essencial para o exercício do direito dos adquirentes assegurado no § 2.º do art. 31-F e inc. VI do art. 43 da Lei 4.591/1964. Trata-se do instituto da destituição do incorporador que abandona o empreendimento por mais de 30 dias. A destituição poderá ocorrer nos casos em que exista patrimônio de afetação ou não. Entretanto, em qualquer dos casos, para que os adquirentes possam levar a registro a ata de destituição do incorporador, os contratos de promessa de compra e venda deverão estar previamente registrados.

O cartório de registro de imóveis deverá ter certeza, através do registro das promessas, que os adquirentes que assinam a ata de destituição são titulares de direito aquisitivo.

21. “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Em casos em que exista patrimônio de afetação, não há dúvida de que o instituto da destituição harmoniza-se com a existência da garantia real (§ 11.º do art. 31-F da Lei 4.591/1964). Assim, o cartório deverá permitir o registro das promessas anteriores à alienação fiduciária para viabilizar o exercício do direito de destituição do incorporador.

6. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO – DEFESA DO CREDOR FIDUCIÁRIO PARA OPOR O ÔNUS AO PROMITENTE COMPRADOR – ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A Lei 10.931/2004 incluiu diversos artigos na Lei de Incorporações (Lei 4.591/1964), trazendo como principal invocação adoção facultativa do incorporador do patrimônio de afetação. A adoção facultativa e não obrigatória do patrimônio de afetação nas incorporações é objeto de crítica unânime na doutrina nacional, à qual nos filiamos.

Outra crítica severa à questão, foi a ausência de tipificação penal específica para o incorporador que desvia recursos do patrimônio de afetação.

A existência de patrimônio de afetação, em tese, afastaria a aplicação da Súmula 308 do STJ, tornando oponible aos adquirentes, até no caso de destituição do incorporador, os ônus financeiros da garantia real constituída para viabilizar financeiramente o empreendimento.

Para validade da alienação fiduciária ou da hipoteca, neste caso, em consonância com a jurisprudência do STJ, a garantia deve ser constituída antes da alienação de qualquer unidade ou com anuência expressa do adquirente no ato de constituição da garantia. A anuência expressa no ato de constituição da garantia é necessária, pois os tribunais reconhecem de forma pacífica a nulidade da cláusula que autoriza a constituição da garantia na própria promessa.

Entretanto, a instituição do patrimônio de afetação é acompanhado de uma série de deveres e obrigações para a incorporadora e instituição financeira que, se não observadas, colocam em risco a própria oponibilidade da garantia real.

Admitida a alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação. Alienação fiduciária que julgamos claramente incompatível com o instituto da incorporação imobiliária, se constituída após a alienação de unidades autônomas no mercado. É necessário verificar se essa garantia real seria oponible ao adquirente em existindo ou não patrimônio de afetação.

Primeiramente deve-se observar que o § 3.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964 estabelece que “os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto

seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.

O dispositivo claramente autoriza a constituição de garantia real sobre o imóvel objeto da incorporação imobiliária em que exista patrimônio de afetação. Ou seja, pelo conteúdo da norma, o incorporador está autorizado legalmente a gravar o imóvel objeto da incorporação com ônus real. Tal dispositivo não afasta a necessidade, a nosso ver, da anuência expressa dos promitentes compradores, para constituição da garantia, se essa for posterior à alienação por instrumento particular das unidades.

Se a garantia real é constituída antes da celebração da promessa, essa deverá ser reconhecida como legal e oponível ao adquirente, se existente o patrimônio de afetação.

Mas, ao autorizar a constituição de garantia real, o legislador expressamente exigiu que a totalidade dos recursos da operação financeira seja destinada a financiar a construção da edificação. Vale dizer que a garantia real constituída para garantir operação financeira estranha a operação de construção e comercialização das unidades é ilegal e deve ser reconhecida como nula.

Uma vez concedidos recursos financeiros para o empreendimento, esses recursos somente poderão ser utilizados para o pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação (§ 6.º do art. 31-A). Nesse sentido, os recursos decorrentes do financiamento objeto do gravame somente poderão ser utilizados para reembolsar as despesas da incorporação e construção do empreendimento.

Uma regra importante a ser observada pelos incorporadores e fiscalizada pelas instituições refere-se à possibilidade de o incorporador poder se apropriar dos recursos financeiros do patrimônio de afetação, apenas quando estes excederem à importância necessária à conclusão da obra e quitação do empreendimento. O inc. I do § 8.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964 considera nesse ativo a soma dos recebíveis dos contratos.

Assim, por exemplo, se na conta bancária vinculada ao empreendimento existir saldo de R\$ 1.000.000,00, o incorporador tiver a receber ainda de todos os adquirentes R\$ 500.000,00, o passivo decorrente de financiamento do patrimônio de afetação for de R\$ 500.000,00 e o custo para terminar a obra (orçamento) for de R\$ 800.000,00, nessa hipótese o patrimônio de afetação tem um saldo positivo de R\$ 200.000,00 que pode ser apropriado pelo incorporador.

Outro exemplo, que denotaria uma situação um pouco diferente é a seguinte: o saldo da conta vinculada ao empreendimento é de R\$ 300.000,00, a soma dos valores devidos pelos adquirentes à incorporado é de R\$ 500.000,00, o or-

çamento para conclusão somado à dívida do financiamento é superior ao ativo ou igual. Se igual, o incorporador não poderá se apropriar dos recursos financeiros. Se negativo, o incorporador deverá aportar recursos adicionais próprios para concluir o empreendimento por força do art. 43, V, da Lei 4.591/1964.

Parece claro que o incorporador, por força do inc. I do § 8.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964, não poderá reembolsar-se de despesas que fez com capital próprio em favor do empreendimento se o saldo da conta vinculada e dos recebíveis não for suficiente para pagar o passivo do empreendimento (obra e financiamento).

Tal afirmativa aplica-se na seguinte hipótese: para um empreendimento em que o orçamento para conclusão da obra é de R\$ 10.000.000,00, foram executados 50% da construção com recursos do incorporador e das prestações pagas adquirentes, e na obra foram gastos R\$ 10.000.000,00, sendo R\$ 2.000.000,00 dos adquirentes e R\$ 8.000.000,00 com recursos do incorporador. Suponhamos que, após a execução de 50% do empreendimento, o incorporador contraia um financiamento no montante de R\$ 8.000.000,00. Esse valor deverá ser depositado na conta vinculada ao empreendimento. Nessa data, o saldo da conta vinculada ao empreendimento será de R\$ 8.000.000,00 e suponhamos um ativo decorrente dos recebíveis de R\$ 15.000.000,00. A questão é: pode o incorporador reembolsar-se integralmente dos R\$ 8.000.000,00 já aplicados? A resposta é claramente negativa por aplicação direta do dispositivo legal sob análise. Na data do depósito de R\$ 8.000.000,00 na conta vinculada do empreendimento o passivo do patrimônio de afetação será de R\$ 18.000.000,00, oito milhões referentes ao passivo do financiamento e R\$ 10.000.000,00 de orçamento faltante. O ativo, na data, será de R\$ 23.000.000,00, R\$ 15.000.000,00 de recebíveis e R\$ 8.000.000,00 de saldo da conta vinculada (recursos financeiros do patrimônio de afetação). Nessa hipótese será lícito ao incorporador apropriar-se de R\$ 5.000.000,00 e não de todo o valor disponibilizado no financiamento como reembolso de capital próprio.

Tais dispositivos exigem do financiador que promova a fiscalização da aplicação dos recursos financeiros na obra. Pois, se não fiscalizar a aplicação e permitir que o incorporador desvie os recursos entregues para outro empreendimento ou capital de giro, a própria garantia poderá ser declarada nula. A negligência da instituição financeira que concede financiamento ao incorporador foi um dos principais fundamentos dos acórdãos que culminaram na edição da Súmula 308 do STJ. A instituição financeira que não fiscaliza a aplicação dos recursos do patrimônio de afetação claramente falta com a boa-fé objetiva.

A Lei de Incorporações concedeu ao financiador do empreendimento o poder/dever de fiscalizar a aplicação dos recursos do patrimônio de afetação.

O art. 31-C da Lei 4.591/1964 concede à instituição financeira que estiver financiando o empreendimento o poder/dever de fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação. Além disso, o § 3.º do dispositivo determina que a instituição financeira está obrigada a fornecer cópia para os adquirentes do relatório de acompanhamento do patrimônio de afetação. Claramente, se a instituição financeira não fiscalizar a aplicação dos recursos do patrimônio de afetação e não disponibilizar aos adquirentes o relatório previsto em lei, estará colocando em risco sua própria garantia, com fundamento na inobservância do poder/dever e na clara negligência na concessão do financiamento (falta de boa-fé objetiva).

A fiscalização da instituição financeira é facilitada pela lei de incorporações que exige ao incorporador no art. 31-D da Lei 4.591/1964 uma série de obrigações. O artigo determina que o incorporador preste conta aos adquirentes a cada três meses sobre a evolução do patrimônio de afetação e das obras. Além disso, o incorporador deverá movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em uma conta vinculada ao empreendimento (inc. V do art. 31-D da Lei 4.591/1964). A conta vinculada facilitará a prestação de contas e a fiscalização da instituição financiadora, pois todas as retiradas deverão ser justificadas com despesas inerentes à incorporação. Na prestação de contas trimestral, o incorporador deverá apresentar o extrato bancário da conta vinculada ao empreendimento. Além disso, todos os recursos disponibilizados pela instituição financeira ao incorporador deverão ser depositados nessa conta vinculada. A concessão de financiamento com depósito em conta única do incorporador claramente denota desvio do patrimônio de afetação, representando financiamento de capital de giro, tendo em vista a fungibilidade dos recursos financeiros, se o incorporador não transferir imediatamente à conta vinculada os recursos disponibilizados. A lei exige, ainda, que o incorporador mantenha escrituração contábil completa do patrimônio de afetação, demonstrando todas as receitas, despesas e evolução patrimonial do empreendimento afetado.

A inobservância dessas regras tem consequência direta na validade jurídica e oponibilidade da garantia aos adquirentes. Se a instituição financeira não tiver como demonstrar que a totalidade dos recursos do financiamento foram destinados à construção do empreendimento, a consequência jurídica será a aplicação da Súmula 308 do STJ, para afastar a oponibilidade da obrigação aos adquirentes. Tal fato coloca em risco a garantia real concedida.

Neste sentido o direito previsto no art. 31-C da Lei 4.591/1964 deve ser tratado mais como um dever para a instituição financeira que disponibiliza recursos ao patrimônio de afetação. Segundo os preceitos da boa-fé objetiva, o

financiador do empreendimento deverá resguardar-se para evitar que o incorporador desvie os recursos financeiros do patrimônio de afetação, através de uma fiscalização efetiva do patrimônio que responde pela dívida. Além disso, é dever do financiador prestar contas e informar os adquirentes do progresso do empreendimento das contas do patrimônio de afetação. Se esses deveres não forem cumpridos pelo financiador, a garantia poderá ser desconstituída, mesmo na hipótese do § 11.º do art. 31-F da Lei 4.591/1964.

7. DESTITUIÇÃO DO INCORPORADOR E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO TERRENO OBJETO DA INCORPORAÇÃO

Havendo ou não patrimônio de afetação é direito dos adquirentes destituir o incorporador que notificado não reinicie ou dê andamento normal às obras no prazo de 30 dias (arts. 43, VI e 31-F da Lei 4.591/1964).

Através do instituto da destituição o condomínio de adquirentes toma para si as rédeas do empreendimento, assumindo o dever de concluir as obras, podendo também decidir por sua alienação.

A destituição é promovida por decisão da maioria qualificada dos adquirentes (50% mais um dos adquirentes), através de decisão de assembleia especialmente convocada para este fim. A ata de destituição é levada a registro. Para o registro da ata de destituição necessariamente os adquirentes devem formalizar sua condição de adquirentes, mediante averbação/registo das promessas públicas ou particulares celebradas com o antigo incorporador.

7.1 *A destituição do incorporador em empreendimento objeto de patrimônio de afetação – Os efeitos sobre a garantia real*

A questão já debatida sobre a obrigação do cartório de registro de imóveis de averbar as promessas mostra-se particularmente importante neste momento. Eventual recusa do cartório em registrar as promessas, em decorrência da alienação fiduciária irregularmente constituída, poderá gerar sérios prejuízos aos adquirentes, com responsabilidade pessoal do registrador.

Se a alienação fiduciária é regular, por ter sido registrada antes da alienação de qualquer unidade, ou mediante anuência expressa no ato de constituição da garantia pelos adquirentes, a questão se resolve pela aplicação do § 11.º do art. 31-F da Lei de Incorporações, havendo patrimônio de afetação. Registra-se a destituição, as promessas anteriores daqueles que tenham dado ciência da alienação e as promessas com anuência do credor fiduciário celebradas após a constituição da garantia. Após esse registro, passa-se ao registro da ata de desti-

tuição, ficando o condomínio sub-rogado nos direitos e obrigações do contrato de financiamento. Nessa hipótese, a alienação fiduciária ou hipoteca será oponível aos adquirentes, exceto se por decisão judicial for desconstituída.

Após a destituição e sub-rogação do condomínio nos direitos e obrigações do financiamento o condomínio de adquirentes poderá pleitear em juízo a prestação de contas prevista nos arts. 31-C e 31-D à instituição financeira, solicitando que a sub-rogação limite-se ao valor que a instituição comprovar como efetivamente aplicada no empreendimento. Nesse caso a desconstituição da garantia, a nosso ver, só poderá ocorrer se a instituição financeira não tiver exercido sua obrigação/dever de fiscalizar o patrimônio de afetação, conforme item 5 acima.

Se a alienação fiduciária foi constituída irregularmente e, portanto, for anulável, conforme decisões do STJ, por ser celebrada após a alienação das unidades e sem anuência expressa dos adquirentes no título, cabe ao cartório cancelar o registro da alienação e averbar as promessas, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos advindos do registro equivocado. Após o cancelamento do registro deverá o cartório registrar as promessas e a ata de destituição.

Nessa hipótese caberá a instituição financeira o ônus de demonstrar que todo o capital emprestado foi aplicado no empreendimento, evitando-se o enriquecimento sem causa dos adquirentes, para exercer os direitos decorrentes do financiamento contra o condomínio de adquirentes.

Se o cartório recusar-se a registrar as promessas e a ata de destituição, por entender que o incorporador não é mais proprietário dos imóveis, o condomínio poderá acioná-lo em juízo, juntamente com a instituição financeira, para obter eventual indenização e o cancelamento do registro.

7.2 *A destituição de incorporação sem patrimônio de afetação, gravado com alienação fiduciária*

Após a aprovação da destituição do incorporador, no caso de não haver patrimônio de afetação e ao mesmo tempo existindo o ônus real, a questão se resolve pela aplicação direta da Súmula 308 do STJ.

Mas, possivelmente, será necessário ao condomínio de adquirentes o ajuizamento de ação para desconstituir a garantia, precedida de cautelar para permitir a averbação das promessas e da ata de destituição.²²

22. PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira, ob. cit., p. 271-273.

8. CONCLUSÕES

Em decorrência das análises feitas propomos as seguintes conclusões: (1) É possível incorporar em imóvel objeto de alienação fiduciária; (2) a validade das promessas de compra e venda dependerá de anuência do credor-fiduciário (art. 29 da Lei 9.514/1997); (3) Após o registro da incorporação, a alienação fiduciária somente é registrável se nenhuma unidade tiver sido prometida à venda, venda essa que é presumida pelo próprio negócio da incorporação (ver acórdãos do STJ citados); (4) A cláusula contratual que autoriza o registro da garantia é considerada nula pelos tribunais nacionais, sendo necessária a anuência expressa dos adquirentes anteriores no instrumento de constituição da garantia, sob pena de nulidade da mesma; (5) A alienação fiduciária pode ser considerada nula se celebrada após as promessas, pois o incorporador está dispondo de bem já alienado; (6) O terreno objeto da incorporação não é disponível, e, portanto, não pode ser alienado fiduciariamente; (7) O incorporador pode alienar fiduciariamente apenas as unidades, quando existente patrimônio de afetação; (8) Em existindo patrimônio de afetação, a fiscalização da aplicação dos recursos financeiros do patrimônio e da obra é ônus do financiador; a ausência da fiscalização pode tornar sua garantia não oponível aos adquirentes; (9) No caso da destituição do incorporador, se existente patrimônio de afetação, os adquirentes sub-rogam-se nos direitos e obrigações do contrato de financiamento, sendo ônus do credor demonstra a obediência ao § 3.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964; (10) Não existindo patrimônio de afetação, após a destituição do incorporador o condomínio poderá desconstituir a garantia por aplicação direta da Súmula 308 do STJ.

9. BIBLIOGRAFIA

- CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- JACOMINO, Sérgio. Penhora – Alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro. *Boletim Eletrônico Irib*. n. 2.245. Disponível em: [www.irib.org.br/biblio/boletimel2233.asp]. Acesso em: 09.05.2009.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- _____. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PINHEIRO, Luís de Lima. *A cláusula de reserva de propriedade: algumas reflexões sobre a sua função, regime e natureza jurídica*. Coimbra: Almedina, 1988.

PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. *O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. § 577. n. 8.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alienação fiduciária. Contrato de mútuo que tem como garantia a propriedade resolúvel, de Venício Antonio de Paula Salles – *RDI* 52/347;
- Alienação fiduciária imobiliária, de Carlos Henrique Abrão – *RDB* 10/251;
- Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel, de Paulo Eduardo Fucci – *RT* 753/80; e
- Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, de Frederico Henrique Viegas de Lima – *RDI* 44/7.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: ASPECTOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE IMÓVEIS

MELHIM NAMEM CHALHUB

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Autor de livros jurídicos e dos anteprojetos de lei que deram origem à legislação sobre alienação fiduciária de bens imóveis e sobre a afetação patrimonial nas incorporações imobiliária. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Breve síntese sobre alguns aspectos relacionados à proteção contratual do adquirente de imóveis no regime da Lei das Incorporações Imobiliárias, tendo como parâmetro a função social do contrato e ainda analisando-se a qualificação dos contratos por espécie, especialmente sob as Leis 4.591/1964 e 9.514/1997, buscando-se concluir qual regime jurídico aplicável na hipótese.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos – Incorporação imobiliária – Código de Defesa do Consumidor – Função social do contrato – Parcelamento do solo.

ABSTRACT: Brief overview of some aspects of contractual protection of the buyer of real estate in the regime of the law of real estate development, having as parameter the social function of the contract and still analyzing the qualification of contracts by types, especially under laws no. 4.591/1964 and 9.514/1997, seeking to define the appropriate legal regime in the event.

KEYWORDS: Contracts – Real estate development – The Consumer Defense Code – Social function of the contract – Allotment.

SUMÁRIO: 1. Caracterização geral – 2. O contrato de incorporação: 2.1 Conteúdo mínimo do contrato de incorporação; 2.2 A função do contrato de incorporação; 2.3 A Comissão de Representantes – 3. As normas especiais de regulamentação da atividade empresarial da incorporação e o sistema de proteção do adquirente instituído pela Lei 4.591/1964: 3.1 A qualificação do acervo da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação: 3.1.1 Nota sobre a noção de patrimônio de afetação; 3.1.2 A legislação sobre afetação no âmbito da incorporação imobiliária; 3.2 O sistema geral de proteção dos consumidores instituído pela Lei 8.078/1990; 3.3 Coexistência dos sistemas e priorização das leis especiais que regulam os contratos empregados na atividade incorporação imobiliária – 4. Conclusão

1. CARACTERIZAÇÃO GERAL

Incorporação imobiliária é atividade empresarial cujo objeto é a produção e venda de edificações compostas por unidades imobiliárias autônomas.¹ Ao

1. Lei 4.591/1964:

“Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

empreendedor, legalmente denominado *incorporador*, incumbe a coordenação e execução, por si ou por terceiros, de todos os atos necessários à consecução da incorporação.²

Estrutura-se a incorporação imobiliária a partir do registro, no Registro de Imóveis, de um dossiê formado por documentos que descrevem a estrutura da incorporação e a caracterização da futura edificação, com a identificação das unidades privativas e as partes comuns a serem construídas. Nele estão reunidos os elementos essenciais dos futuros contratos de comercialização e produção do empreendimento.

2. O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO

Pelo contrato de incorporação o incorporador se obriga a promover, por si ou por terceiros, a construção de conjuntos imobiliários formados por unidades imobiliárias autônomas e, bem assim, a transmitir a propriedade dessas unidades aos respectivos adquirentes. Em contraprestação, os adquirentes se obrigam a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir, em geral em parcelas.

São utilizadas para esse fim espécies de contrato tipificadas no direito comum correspondentes, de uma parte, à execução da construção e à transmissão da propriedade de imóveis e, de outra parte, ao financiamento do pagamento do preço da aquisição da unidade imobiliária.

O tipo contratual de uso mais frequente é o de compra e venda (ou promessa de compra e venda) de unidade imobiliária como coisa futura, a construir, a preço e prazo certos; com menor frequência, contrata-se a compra e venda de fração ideal do terreno (ou promessa de compra e venda), conjugada a contrato de venda das acessões que constituirão a futura unidade; além dessas

Parágrafo único. 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 compostas de unidades autônomas.”

2. Lei 4.591/1964:

“Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

formas, emprega-se também a venda (ou promessa de venda), da fração ideal conjugada a contrato de construção das unidades; o contrato de construção, por sua vez, pode revestir-se da forma de empreitada, a preço certo ou reajustável, ou de administração, a preço de custo; não raras vezes se agrega ao contrato de compra e venda, conjugada ou não com a construção, um pacto adjeto de hipoteca ou de alienação fiduciária.

Todas essas espécies de contrato encontram-se reguladas pelo Código Civil, mas, quando empregadas para fins de incorporação imobiliária, sujeitam-se não só aos requisitos gerais estabelecidos por aquele Código, mas, também, aos requisitos que a Lei 4.591/1964 estabeleceu como necessários à caracterização e à instituição de um regime peculiar para a formação, execução e extinção do contrato de transmissão da propriedade imobiliária quando celebrado durante a construção.

Com efeito, a Lei 4.591/1964 reveste o contrato de transmissão da propriedade de imóveis em construção de feição própria, mais ampla e mais complexa do que aquela definida pelo direito comum para a compra e venda de imóveis com construção já averbada no Registro de Imóveis e para a prestação de serviços de construção.

A promessa de compra e venda, por exemplo, embora tipificada no art. 1.417 do CC/2002, além da anterior tipificação do Dec.-lei 58/1937 e da Lei 6.766/1979, quando contratada no contexto da incorporação, a promessa submete-se a regime jurídico especial, pelo qual deve conter outros elementos além daqueles estabelecidos pelo Código Civil, sejam os inerentes à construção, sejam os correspondentes aos requisitos legais definidos na Lei 4.591/1964, tais como o prévio registro de um conjunto de documentos denominado Memorial de Incorporação, a apresentação, pelo incorporador, de relatórios periódicos sobre o andamento da obra, e, ainda, a atuação de uma Comissão de Representantes dos adquirentes no curso do contrato.

Dentre esses elementos típicos do contrato de incorporação, destacam-se três traços que o distinguem, mais expressivamente, de um contrato de simples venda de imóvel ou de uma simples construção, regulada pelo direito comum.

O primeiro traço peculiar do contrato de incorporação é a articulação entre a venda e a construção; a construção é atividade imanente ao contrato de venda de imóvel “na planta”, que o distingue da venda de imóvel cuja construção já esteja averbada no Registro de Imóveis; pouco importa que o negócio se revista da forma de compra e venda de coisa futura, por conta e risco do incorporador, ou de venda da fração ideal do terreno com a atribuição do custo da obra ao adquirente, pois em qualquer caso a construção será sempre elemento

essencial do contrato de incorporação, sem o qual o negócio jurídico não se caracterizaria como contrato de incorporação.

A segunda peculiaridade é o caráter coletivo do contrato, que vincula os adquirentes por um liame típico da *affectio societatis*, significando que a realização da função do contrato (i) depende da atuação coordenada e uníssona de todos eles e (ii) prioriza o interesse da comunidade, quando em confronto com os interesses individuais dos contratantes.

O terceiro traço que distingue o simples contrato de venda de imóveis do contrato de venda no contexto da incorporação imobiliária é a sujeição deste último a mecanismos legais de controle e fiscalização, considerado o interesse comunitário presente na gênese e na execução do contrato de incorporação. O exercício desse controle é atribuído pela Lei 4.591/1964 à Comissão de Representantes dos adquirentes e à assembleia geral.

2.1 Conteúdo mínimo do contrato de incorporação

A Lei 4.591/1964 estabelece os requisitos essenciais do conteúdo mínimo do contrato de incorporação, indispensáveis para que realize sua função específica.

São elementos naturais dessa espécie de negócio jurídico, que o corporificam independente de manifestação das partes, porque constituem elementos que a lei exige para que seja preenchido seu conteúdo necessário, como observa Pontes de Miranda:

“(...) o conceito de conteúdo não pode cingir-se ao conteúdo dos atos jurídicos negociais, nem pode o jurista olvidar, ou conscientemente por de lado o elemento cogente (...). São elementos *naturais* (...); existem tais elementos porque, sem necessidade de manifestação de vontade dos que negociam, ou do que negocia, a lei mesma os estabelece.”³

Se falta algum desses elementos naturais que materializam o conteúdo necessário, “não há o tipo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*”.

Merecem atenção alguns dos elementos essenciais estabelecidos pela lei para o contrato de incorporação.

O primeiro requisito legal é a qualificação do empresário habilitado a promover a incorporação.

3. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 320.

Só podem exercer essa atividade o proprietário do terreno onde será erigido o edifício (ou o titular de direitos reais de aquisição do terreno), o construtor ou o corretor, ressalvado que estes dois últimos só estarão autorizados a incorporar se investidos de poderes irrevogáveis, por instrumento público, para transmitir a propriedade das frações ideais e praticar os demais atos relacionados à incorporação.

Outro elemento necessário do contrato é o arquivamento, no Registro de Imóveis, de um dossiê composto pela documentação relativa aos elementos materiais, financeiros e jurídicos do empreendimento; o registro do Memorial de Incorporação constitui pré-requisito para a alienação das futuras unidades e atende à exigência do dever de informar inerente à boa-fé objetiva.

Na fase da execução do contrato, é requisito legal a apresentação de relatórios periódicos à Comissão de Representantes que demonstrem o andamento da obra; por eles, o incorporador fornece à Comissão de Representantes dos adquirentes, meios para acompanhamento da obra e eventual adoção de medidas previstas em lei para os casos de atraso da obra ou sua paralisação e da insolvência do incorporador.

Esses elementos essenciais, entre outros, preenchem o conteúdo mínimo necessário do contrato de incorporação e são estabelecidos pela Lei 4.591/1964 de modo impositivo.

Trata-se de ato negocial formal ou solene, que, necessariamente, tem que seguir as formalidades/solenidades exigidas por lei; por isso, são legalmente estabelecidas em termos cogentes, não deixando qualquer margem à vontade das partes para dispor diferentemente do que a lei define como conteúdo mínimo desse negócio jurídico *strictu sensu*.

2.2 A função do contrato de incorporação

A caracterização do contrato de incorporação permite visualizar o modo como opera, nesse contexto, o princípio da função social.

Como se sabe, a concepção contemporânea da teoria contratual põe em relevo os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações e da função social, sem prejuízo da autonomia privada, da intangibilidade do conteúdo do contrato e da relatividade dos seus efeitos, que se harmonizam com aqueles princípios.

Em regra, o contrato não obriga nem beneficia, senão as partes contratantes e, em razão da relatividade dos seus efeitos, não alcança terceiros nem admite sua intervenção; entretanto, segundo o princípio da função social, deve ser

visto não só sob a perspectiva do interesse individual das partes contratantes, senão também em relação à repercussão dos seus efeitos no meio social ao qual está relacionado.

Na medida em que esses princípios operam articuladamente, o intérprete deve alargar seu campo de visão para enxergar, e articular, a *face interna dos contratos*, que regula a relação entre as partes e só entre elas produz efeito, e sua *face externa*, que reflete os efeitos do ajuste individual no meio no qual opera, podendo atingir terceiros não integrantes da relação contratual.

A face interna do contrato contempla sua função econômica primária e natural e diz respeito aos seus efeitos entre as partes que celebraram o negócio individualmente.

Já a face externa diz respeito à função social, correspondente aos efeitos do contrato refletidos no ambiente ao qual está relacionado. É ilustrativa a concepção de Gustavo Tepedino, para quem o princípio da função social “subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato”.⁴

O contrato de incorporação imobiliária é daqueles em que o princípio da função social aflora naturalmente, com nitidez.

De fato, embora cada venda, ou promessa de venda, de unidade imobiliária (na qual está embutida a atividade de construção) dê origem a uma relação jurídica individual, sua execução extravasa o limite da individualidade dos contratantes, vinculando-os indissolúvelmente por um fim comum que constitui o ponto de junção de todos os contratos de venda e que torna o agrupamento dos adquirentes “um organismo social dotado, como o homem, de um poder próprio para agir e, por isso, se categoriza como sujeito de direitos”.⁵

Considerado o conjunto dos contratos de aquisição de imóveis numa dada incorporação, os adquirentes vinculam-se por uma espécie de *affectio socie-*

4. TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Revista Forense*. vol. 377. p. 237-254. Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev. 2005.

5. FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Incorporações imobiliárias*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 155. Os autores citam o caso de uma ação judicial que patrocinaram em nome de uma Comissão de Representantes que pretendia assumir a direção da obra em razão do fracasso do incorporador: “Fracassando este e assumindo o encargo de dar andamento às obras, por intermédio da comissão, a maioria menos não faz do que agir em benefício de todos, salvando o patrimônio comum”.

tatis, pois a finalidade dos contratos é comum a todos, circunstância que cria um complexo de relações interligadas e dependentes entre si e faz com que os efeitos da relação jurídica individual ultrapassem o limite intrínseco de cada contrato, individualmente considerado, e avancem para seu nível extrínseco, espalhando sobre toda a comunidade composta pelos participantes da incorporação, particularmente o conjunto dos adquirentes. Nessa espécie de contrato, a interdependência das relações e a exigência de coesão na implementação do contrato é de vital importância, sobretudo porque a mora ou o inadimplemento da obrigação de qualquer dos contratantes – seja o incorporador ou qualquer um dos adquirentes – repercute no direito da comunidade dos contratantes, dada a unidade econômica que caracteriza cada incorporação imobiliária e agrega toda a comunidade dos contratantes.

Afinal, os contratos coligados (contrato de compra e venda, contrato de construção etc.) têm como causa, razão jurídica, a criação de novos direitos reais de propriedade, tendo por objeto as diversas unidades imobiliárias que o incorporador se obriga a produzir e que constituirão o futuro conjunto imobiliário; esses contratos, reunidos, têm o fim comum de fazer nascer essas várias propriedades imobiliárias novas, e nesse fim comum os contratos individuais encontram um ponto de junção, sendo materialmente impossível pensar na consecução de um contrato individual de incorporação sem o concomitante cumprimento de todos os demais contratos que têm como objeto a construção do conjunto composto por unidades imobiliárias autônomas.⁶

O interesse coletivo é traço marcante do contrato de incorporação imobiliária, dá o tom do seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica, pois, a despeito da individualidade dos contratos de comercialização das unidades, as obrigações e os direitos gerados por cada um deles são comuns a todos os adquirentes e ao incorporador, que formam uma comunidade vinculada por uma afinidade semelhante àquela que vincula os membros de uma sociedade.⁷

Nesse ambiente, os “titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato”, a que se refere Gustavo Tepedino, são basicamen-

6. Observe-se, a propósito, o contrato de seguro de garantia de obrigações do incorporador e do construtor, que envolve a totalidade das unidades imobiliárias autônomas, não sendo possível cindir o grupo de adquirentes, pois a obrigação da seguradora é concluir a obra na sua totalidade e não parte dela ou algumas unidades.
7. A fórmula da sociedade entre os condôminos de edifício chegou a ser aventada, antes da Lei 4.591/1964, como meio de organização dessa modalidade de negócio. Situações em que pessoas se agrupam para promover, por si mesmas, a edificação são, vez por outra, vistas como uma espécie de “sociedade civil”. FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Níske, citando Laureano Arturo Moreira e Hernán Racciatti (op. cit., p. 14).

te os adquirentes que formam a comunidade condominial e o incorporador, a eles se agregando eventualmente o financiador da construção, os trabalhadores, fornecedores, entre outros credores do empreendimento, e é em relação a todos esses que os efeitos dos contratos individuais repercutirão;⁸ cumpre sua função social o contrato de incorporação cujos efeitos externos repercutem satisfatoriamente no ambiente em que está inserido e, ao contrário, desatende a esse princípio o contrato cujos efeitos externos “prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo contratual”.⁹

E, nesse contexto, ressalta como mecanismo particularmente relevante do contrato de incorporação, a operação do elemento funcional como limite ao exercício dos direitos e obrigações contratuais, a exigir de cada contratante conduta conforme o interesse do conjunto formado pelos adquirentes e fornecedores, porque é esse interesse que determina o escopo do contrato, sua funcionalidade econômica e social, e nesse aspecto a Comissão de Representantes desempenha papel decisivo.

2.3 A Comissão de Representantes

Como vimos, um dos elementos do conteúdo essencial do contrato de incorporação é a atuação de uma Comissão de Representantes, à qual o art. 50 da Lei 4.591/1964 confere poderes de representação dos adquirentes “em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação”.¹⁰

8. A coesão dos interesses na incorporação imobiliária e a unidade econômica que caracteriza essa atividade empresarial são evidenciadas com clareza nas normas que regulamentam a afetação patrimonial das incorporações imobiliárias, da qual cuidamos adiante; por esse regime de segregação patrimonial e de vinculação de receitas, o ativo de cada empreendimento, considerado separadamente, é destinado à satisfação dos créditos dos adquirentes e demais credores vinculados especificamente ao empreendimento afetado, mantendo-o incomunicável em relação ao patrimônio geral da empresa incorporadora até que sejam satisfeitos os direitos desses credores.

9. THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 98.

10. Lei 4.591/1964:

“Art. 50. Será designada no contrato de construção, ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes, composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los junto ao construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F.”

A Comissão é composta por três membros, todos adquirentes, eleitos em assembleia geral ou designada no contrato pelo incorporador.

A designação dos membros da Comissão no contrato é sujeita a fundadas críticas, tendo em vista a possibilidade de manobras do incorporador nessa nomeação. Tal circunstância, entretanto, é passível de ser superada mediante eleição de novos membros em assembleia geral, na medida em que, como observa Caio Mário da Silva Pereira, podem os adquirentes “recusar a nomeação no contrato e se reservarem para a escolha em assembleia”.¹¹

O mandato da Comissão se estende até a conclusão do empreendimento, quando a edificação passará a ser administrada por um síndico.

A outorga de poderes a uma comissão formada por adquirentes funda-se na teoria da representação, de que tratam os arts. 115 a 120 do CC/2002, tendo como “ideia-força essencial o *poder* conferido ao representante para falar e agir pelo representado”.¹²

A representação, como se sabe, pode ser legal ou voluntária e consiste na atuação de uma pessoa em nome de outrem, pela qual a vontade do representado é manifestada pelo representante¹³ e “os efeitos do ato praticado pelo representante se projetam e inserem na esfera jurídica do representado”.¹⁴

Na incorporação imobiliária cuida-se de *representação legal*, exercida pela Comissão de Representantes nesse tipo de contrato, tal qual se exerce a representação em relação a inúmeras outras situações, legalmente conferidas ao administrador na falência ou na recuperação judicial da sociedade empresária, ao sindicato para atuar nas hipóteses definidas em lei, ao agente fiduciário para atuar em nome dos subscritores de cotas de fundos de investimento e de títulos securitizados, entre outras.

Estabelecida e delimitada pela lei, a representação dos adquirentes pela Comissão constitui elemento mínimo do conteúdo do contrato e é exercida como um *munus*, independente de qualquer manifestação de vontade da comunidade

11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 311.

12. *Idem*, p. 311.

13. Código Civil :

“Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.”

14. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 485. O efeito típico da representação, seja voluntária ou legal, “consiste em suscitar, na esfera jurídico-patrimonial alheia, os efeitos próprios do ato jurídico que o agente praticou *em nome* dessa outra pessoa” (grifo do autor).

dos adquirentes ou de qualquer um deles isoladamente, como observa Caio Mário da Silva Pereira:

“A Comissão de Representantes dos adquirentes recebe o *poder de representação* da própria lei. Independentemente de uma declaração de vontade e de instrumento de mandato, que é dispensado, tem o *poder de representação*, e é no exercício deste poder que se pronuncia e age.”¹⁵

A Comissão de Representantes atua em qualquer das espécies de contrato de incorporação, dispondo o art. 50 da Lei 4.591/1964, nesse sentido, que a representação legal dar-se-á (i) perante o construtor, quando tiver sido contratada separadamente a construção, ou (ii) perante o incorporador, quando tiver sido contratada a venda a preço e prazo certos, a que se refere o art. 43.

Compete à Comissão administrar os interesses comuns dos adquirentes, destacando-se entre seus poderes:

a) caso os relatórios periódicos do incorporador indicarem paralisação ou atraso significativo da obra, adotar as providências necessárias à retomada do ritmo da construção;¹⁶

b) promover as medidas necessárias à substituição do incorporador, nos casos previstos na lei, mediante deliberação da maioria dos votos dos adquirentes;¹⁷

c) outorgar as escrituras “definitivas” aos adquirentes, em caso de insolvência do incorporador, quando submetida a incorporação ao regime da afetação patrimonial;¹⁸

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 313.

16. Lei 4.591/1964:

“Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preço certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

I – informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra.”

17. Lei 4.591/1964:

“Art. 43. (...).

VI – se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.”

18. Lei 4.591/1964:

“Art. 31-F (...).

d) como mandatária dos adquirentes, legalmente constituída (art. 63 da Lei 4.591/1964), vender em público leilão a unidade do condômino inadimplente para satisfação do crédito da comunidade dos adquirentes.

Dadas as funções legalmente atribuídas à Comissão de Representantes, é possível vê-la como um elemento catalisador da realização da função social dessa espécie de contrato, na medida em que sua atuação tem por objeto o interesse da comunidade dos adquirentes.

Os poderes atribuídos à Comissão de Representantes, entretanto, não têm caráter absoluto, sendo-lhe vedado, por exemplo, interferir na atividade empresarial do incorporador, na movimentação financeira do negócio, no projeto ou nas especificações do empreendimento, entre outros aspectos relacionados à empresa incorporadora, à qual compete a administração do negócio segundo critérios por ela definidos, com exclusividade; por isso, os poderes da Comissão de Representantes são delimitados com clareza pela lei e só podem ser exercidos a partir da comprovada ocorrência de alguma das situações previstas em lei e com observância dos requisitos nela definidos, como, por exemplo, a prévia notificação do incorporador para fins de retomada da obra ou de substituição do incorporador, entre outras medidas que as circunstâncias recomendarem.

3. AS NORMAS ESPECIAIS DE REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DA INCORPORAÇÃO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE INSTITUÍDO PELA LEI 4.591/1964

A regulamentação da atividade empresarial da incorporação e a definição dos requisitos do conteúdo mínimo do contrato corporifica a instituição de um sistema de proteção do adquirente de imóveis integrantes de conjuntos imobiliários em construção, visando compensar sua vulnerabilidade como contratante mais fraco.

Coerentemente com o estágio atual da evolução da teoria do contrato, a Lei das Incorporações estabelece diretrizes materiais e requisitos a partir dos

§ 3.º Na hipótese de que tratam os §§ 1.º e 2.º, [falência, recuperação da empresa incorporadora ou paralisação ou atraso da obra] a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável para firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo a que estiverem obrigados o incorporador, o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação em decorrência de contratos preliminares” (incluído pela Lei 10.931/2004).

conceitos da boa-fé objetiva, da função do contrato e seu equilíbrio, visando assegurar a realização do programa contratual, compreendendo a observância do ritmo da construção e a entrega das unidades aos adquirentes de acordo com o projeto e as especificações.

Nesse sentido, a atividade do incorporador é submetida a controle.

Como vimos, o prévio registro do Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis é requisito correspondente ao dever de informação inerente à boa-fé objetiva, pois é nesse dossiê que os interessados encontrarão os elementos de caracterização do futuro conjunto imobiliário, com a discriminação entre as partes destinadas ao uso comum e as partes de propriedade privativa de cada adquirente, com as respectivas frações ideais do terreno; encontram-se no Memorial, também, os elementos do futuro contrato e da constituição dos novos direitos reais de propriedade relativos às futuras unidades imobiliárias, elementos esses que se encontram em documentos, tais como o título de propriedade do incorporador, a identificação e caracterização das futuras unidades, o orçamento da construção, a minuta da convenção de condomínio etc.

Além dessa informação prévia, a lei impõe ao incorporador o dever de informar periodicamente aos adquirentes sobre o andamento da obra (art. 43, I).

Ao tipificar o contrato de incorporação, a Lei 4.591/1964 dita os parâmetros do seu conteúdo, fixa balizamentos e limitações para evitar práticas abusivas, impõe deveres de conduta que corporificam o princípio da boa-fé objetiva e atendem à exigência do equilíbrio das relações obrigacionais; enfim, a lei estabelece a estrutura e os elementos do contrato e dita seu conteúdo, ao indicar os critérios admitidos para reajuste dos preços, fixar prazo para celebração do contrato, estabelecer a irretratabilidade da promessa de compra e venda etc. (arts. 32 a 50), entre outros elementos do seu conteúdo mínimo.

Aspecto relevante é o da responsabilidade objetiva do incorporador em caso de inexecução da incorporação. A obrigação do incorporador é de resultado e sua responsabilidade, objetiva, daí porque deve, independente de culpa, indenizar os adquirentes dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão da obra (art. 43, II), entre outros traços típicos do contrato de incorporação.

3.1 A qualificação do acervo da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação

Especialmente relevante, como instrumento de proteção dos adquirentes, é a afetação do acervo das incorporações imobiliárias, regulamentada pelos

arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964, com a redação dada pelo art. 53 da Lei 10.931/2004.

Com efeito, os elementos que integram o Memorial de Incorporação evidenciam a capacidade de cada incorporação de gerar receita suficiente para levar a cabo o empreendimento, propiciando a entrega das unidades aos adquirentes e a percepção, pelo incorporador, do resultado financeiro almejado, independente de outras fontes de receita.

A existência dessas condições de autossustentação financeira evidencia a autonomia patrimonial de cada empreendimento imobiliário organizado nos termos da Lei 4.591/1964, de modo que a incorporação se desenvolva com suas próprias forças e afaste o risco de pressões decorrentes de outros compromissos da empresa incorporadora, estranhos à estrutura financeira própria da incorporação específica.

As características da incorporação imobiliária tornam a afetação patrimonial elemento natural desse negócio jurídico.

3.1.1 Nota sobre a noção de patrimônio de afetação

O princípio geral da indivisibilidade do conjunto de direitos, e correspondentes obrigações, que constituem o patrimônio, admite certa flexibilidade em situações tais que reclamem ou justifiquem a tutela de interesses socialmente ou economicamente relevantes; nesses casos, *a lei vincula* determinados bens a certas finalidades, e os considera a elas afetados, tornando-os insuscetíveis de constrição por obrigações estranhas à finalidade definida; em outras situações, *a lei permite* que o titular de determinado bem o destine a uma função específica e, para que esta realize, o afete a essa função, alocando-o num compartimento separado do seu patrimônio ou do patrimônio de um terceiro, a quem atribua o encargo de executar a afetação.¹⁹

19. Há casos em que o bem é transmitido a um terceiro e segregado no patrimônio deste, para cumprimento da finalidade para ele definida. São casos, por exemplo, dos bens transmitidos fiduciariamente para fins de garantia, sob forma de alienação fiduciária em garantia, ou para fins de investimento; no primeiro caso, o adquirente (credor fiduciário) torna-se proprietário fiduciário do bem e deve mantê-lo num patrimônio de afetação até que cumpra sua função de garantia; no segundo caso, a sociedade administradora torna-se proprietária do bem destinado ao investimento e igualmente o mantém num patrimônio separado do seu patrimônio próprio, administrando-o em benefício do transmitente (fiduciante, que, no caso dos fundos de investimentos, é o cotista do fundo); em qualquer desses casos a propriedade fiduciária é constituída

Diz Francesco Messineo que a afetação importa em atribuir ou “reservar certos bens a uma determinada *exclusiva destinação*, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser alcançada; 2) ou então de reservar a um certo *grupo de credores* um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros*, com a consequência de que os *outros credores* fiquem *excluídos* e de que, sobre os outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)” (destaques do original).²⁰

No dizer de Serpa Lopes, os patrimônios de afetação são “pequenos organismos patrimoniais, com uma vida própria, com a sua autonomia distinta, sob um regime jurídico todo particular”.²¹

A utilidade prática da criação de patrimônios separados, com destinação específica, visa não só reservar certos bens para determinado fim exclusivo, como é o caso do bem de família, como, também, segregar determinado núcleo patrimonial em favor de determinado grupo de credores, como é o caso dos bens integrantes das carteiras dos fundos de investimento.

A constituição de patrimônios de afetação importa na imunização do bem afetado contra os riscos do patrimônio geral do sujeito.

A separação arbitrária de bens do patrimônio violaria o princípio segundo o qual o patrimônio é a garantia geral dos credores, daí porque a afetação de bens submete-se ao princípio *numerus clausus*, só sendo admitida nas hipóteses autorizadas ou impostas por lei e com as limitações que a lei estabelecer; sujeita-se, naturalmente, aos requisitos gerais relativos à alienação ou oneração de bens, sendo certo que se constituída em fraude de execução será considerada ineficaz e, se em fraude contra credores, será anulável.

De acordo com a teoria da afetação, os credores vinculados ao patrimônio separado têm ação somente sobre os bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou têm preferência sobre aqueles bens. De outra parte, os bens afetados ficam excluídos de excussão por parte dos cre-

em benefício do transmitente (fiduciante), vedado ao adquirente (fiduciário) tirar proveito do bem. Tratamos da matéria em nosso trabalho *Negócio fiduciário*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

20. MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 263.
21. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1962. vol. VI, p. 69.

dores gerais do sujeito, isto é, aqueles credores não vinculados ao patrimônio separado.

É princípio comum aplicável aos patrimônios separados que, após cumprida sua função, os bens afetados, e/ou os remanescente, retornam ao patrimônio geral do titular, ressalvada eventual destinação específica definida em conformidade com as peculiaridades de cada caso, pois o modo de extinção da afetação pode variar caso a caso.

Há situações em que a própria lei vincula bens a determinadas funções e, nesses casos, considera-se constituído o patrimônio de afetação independente de manifestação de vontade do titular do bem, como são os casos do bem de família de que trata a Lei 8.009/1990, ou do patrimônio de afetação correspondente à carteira do fundo de investimento de que trata a Lei 8.668/1993, entre outros, nos quais a afetação decorre da própria lei. Em outras situações a afetação só se constitui mediante manifestação de vontade que observe determinados requisitos legais, como é o caso da constituição do bem de família regulado pelos arts. 1.711 e ss. do CC/2002, que permite ao titular do patrimônio destinar determinados bens, sejam imóveis ou títulos e valores mobiliários, para sustento da família.

3.1.2 A legislação sobre afetação no âmbito da incorporação imobiliária

Com fundamento nessa concepção e dada a necessidade de proteção patrimonial dos adquirentes de imóveis em construção, o art. 53 da Lei 10.931/2004 acrescentou à Lei 4.591/1964 os arts. 31-A a 31-F, que permitem seja conferida autonomia patrimonial a cada incorporação imobiliária.

A lei inspira-se no anteprojeto sugerido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, por nós formulado e submetido ao debate no IAB por meio da Indicação 220, de 14.07.1999, que foi adotado pelo PL 2.109/1999, ao qual foi anexado o Projeto de Lei do Poder Executivo 3.065/2004 (neste último, o Poder Executivo agrupou diversas matérias que se encontravam dispersas em algumas Medidas Provisórias, relacionadas aos mercados de capitais, financeiro e imobiliário e, nesse conjunto, inseriu a regulamentação da afetação das incorporações imobiliárias).

A lei dispõe que o terreno, as acessões e os demais bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação passam a formar um núcleo patrimonial blindado, com a destinação específica de conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes, assim permanecendo até que cumpra essa destinação; para assegurar a consecução da incorporação, a lei cria um regime de vinculação de receitas, exclui o acervo da incorporação dos riscos do patrimônio geral

da empresa e confere poderes aos adquirentes para, em caso de paralisação da obra, recuperação da empresa incorporadora ou falência, prosseguir a obra com autonomia, independente de intervenção do Judiciário.

Além de imunizar o acervo de cada empreendimento, a afetação agrega ao negócio da incorporação importantes procedimentos capazes de assegurar o cumprimento da função da propriedade, sem interferir no direito subjetivo do incorporador-proprietário e nos seus correspondentes encargos; recorde-se que, nos termos da lei sancionada em 1964, o poder-dever atribuído ao incorporador responsabiliza-o pelo exercício da propriedade sobre o acervo da incorporação segundo a finalidade econômica e social desse negócio, de modo que, de uma parte, o incorporador é o titular do resultado econômico da exploração da sua propriedade, mas, de outra parte, sujeita-se ao encargo de exercer seus poderes estritamente no sentido de consumir a destinação do acervo correspondente à incorporação.

A partir dessas concepções, a alocação dos direitos e obrigações correspondentes a cada incorporação num patrimônio separado, com a vinculação de sua receita ao empreendimento, no limite do orçamento da execução e regularização da construção, salvaguarda com a máxima eficácia os interesses dos adquirentes ao lhes conferir os meios necessários à execução do programa contratual.

Com efeito, uma vez instituída a afetação, o acervo da incorporação afetada torna-se incomunicável, circunstância que protege os bens e direitos integrantes desse patrimônio especial contra os riscos empresariais da incorporadora. São beneficiários desse regime especial todos os titulares de direitos creditórios vinculados ao empreendimento imobiliário afetado; são eles os adquirentes das unidades imobiliárias em construção, os trabalhadores da obra, o fisco, a previdência, os financiadores da incorporação, entre outros cujos créditos estejam vinculados especificamente à incorporação afetada.

A movimentação dos recursos financeiros oriundos das vendas e de outras fontes vinculadas ao empreendimento é feita em conta-corrente bancária específica, devendo os registros contábeis de cada incorporação ser feitos separadamente da contabilidade da incorporadora.

Os adquirentes são informados da evolução do empreendimento por meio de relatórios trimestrais entregues à Comissão de Representantes, nos quais a empresa incorporadora deve demonstrar o andamento da obra em cotejo com a programação financeira correspondente às receitas do negócio.

As normas sobre a afetação da incorporação instituem, também, importante e eficaz mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes de

desequilíbrio econômico-financeiro da empresa incorporadora, pelo qual os adquirentes das unidades imobiliárias do empreendimento estão autorizados a, independente de intervenção judicial, substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra, ou promover a liquidação do patrimônio correspondente à incorporação, mediante venda extrajudicial do respectivo ativo.

Esse regime especial preenche grave lacuna que havia na Lei 4.591/1964, pois apesar de essa lei conter mecanismos de proteção contratual, não contemplava, originalmente, meios de proteção patrimonial, circunstância que poderia deixar expostos a risco os adquirentes e demais credores do empreendimento, em caso de frustração do empreendimento, inclusive em razão de falência do incorporador.

Aspecto igualmente relevante diz respeito à satisfação dos créditos vinculados à incorporação afetada. Nesse caso, ocorrendo a falência da empresa incorporadora, os credores cujos direitos creditórios estejam vinculados à incorporação afetada não estarão sujeitos à habilitação no Juízo da falência, devendo ser satisfeitos com as receitas da própria incorporação, cuja administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes dos adquirentes, com autonomia em relação ao processo falimentar.

A autonomia da incorporação afetada em relação à eventual falência da empresa incorporadora é definida pelo art. 31-F da Lei 4.591/1964 e ratificada pela Lei 11.101/2005, que regulamenta a Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário, pela qual as atividades relacionadas a patrimônios de afetação prosseguirão independente do processo de falência até que cumpram sua finalidade (art. 119, IX).

Nesse caso, o acervo correspondente à incorporação afetada (terreno, ações, créditos etc.) não se sujeita aos efeitos da quebra e, assim, não é arrecadado à massa e deverá prosseguir sua atividade autonomamente, sob administração da Comissão de Representantes dos adquirentes, sem interferência do Juízo da recuperação ou da falência. Para esse fim, a Comissão passará a receber as parcelas do preço, constantes dos contratos de alienação das unidades, e a aplicar o produto dessa arrecadação na execução da obra; se, concluída a obra, houver sobra, esta será arrecadada à massa; se, ao contrário, os adquirentes tiverem aportado recursos acima do valor dos seus respectivos contratos, as quantias excedentes que aportaram serão habilitadas na massa, como crédito privilegiado (art. 43, VI).

Importa anotar que, sendo vocacionada à teoria da afetação patrimonial, a atividade da incorporação é naturalmente atraída para esse regime jurídico

mesmo não havendo específica averbação de um “termo de afetação” no Registro de Imóveis, já tendo sido admitida a aplicação extensiva dos arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964 a incorporações não afetadas.²²

Disso é exemplo decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que indeferiu penhora de renda correspondente às receitas de venda de apartamentos em construção de determinada empresa incorporadora sob o fundamento de que, mesmo que a incorporação não tenha sido formalmente afetada mediante averbação de um “Termo de Afetação” no Registro de Imóveis, as receitas deles oriundas são vinculadas à execução da obra e sua regularização no Registro de Imóveis e, portanto, devem permanecer blindadas para execução das respectivas obras, visando à proteção de terceiros de boa-fé que adquiriram as unidades em construção.²³

Nesse mesmo sentido, recorde-se que, na falência da construtora Encol, foi deferida a exclusão dos apartamentos de que ainda era titular a incorporadora falida e sua venda pela Comissão de Representantes, destinando-se o produto da venda à conclusão dos empreendimentos, e não sua arrecadação ao ativo da massa.²⁴

22. Tratamos da matéria em nosso *Da incorporação imobiliária* (Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61-134) e no artigo “A afetação patrimonial do direito contemporâneo”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 29. p. 111-134. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 2007.

23. TJRJ, AgIn 2008.002.23428, 6.^a Câm. Civ., rel. Des. Nagib Slaibi Filho, destacando-se do voto do relator: “Quanto à segunda providência, a penhora da renda diária das vendas apurada pela empresa em seus empreendimentos, há óbice decorrente da afetação patrimonial de eventual incorporação efetuada pela devedora (...). Ante tais ensinamentos, percebe-se que *os valores auferidos pela empresa devedora constituem, ou, ao menos, deveriam constituir patrimônio de afetação imune a este cumprimento de sentença*, assim tornando manifestamente inviável a efetivação da segunda parte do respeitável dispositivo impugnado que mandou penhorar a renda da empresa sem que discriminasse o caráter dos valores a serem recebidos” (grifamos).

24. Desse caso cuidamos em nosso *Da incorporação imobiliária cit.*, p. 77-79. Nesse caso, o juiz da falência autorizou a Comissão de Representantes a vender as unidades de propriedade da incorporadora, partindo da premissa de que “tais unidades sempre pertenceram ao condomínio e não ao incorporador, portanto, com a falência deste, continuam pertencendo ao condomínio (...)”. Permitimo-nos manifestar nossa divergência quanto a essa premissa e aos efeitos dessa decisão; de uma parte, porque as unidades de estoque são de propriedade do incorporador, sim, e não do condomínio, de modo que, uma vez decretada a falência, devem ser arrecadadas para venda pelo administrador da massa e distribuição do produto conforme a ordem legal de preferência; de outra parte, ainda que se reconheça que a prioridade dos fins sociais a que a

3.1.2.1 Crítica à legislação

A despeito da incomparável eficácia da afetação patrimonial como mecanismo destinado à realização do programa contratual, assim protegendo os adquirentes de imóveis “na planta”, a regulamentação instituída pelo art. 53 da Lei 10.931/2004 contém algumas disposições incompatíveis com o fundamento axiológico que constitui a razão de ser dessa norma de proteção patrimonial dos consumidores.

A primeira delas é que, no art. 31-A, a lei define a afetação como opção do incorporador, e não como elemento natural desse negócio jurídico.

Ora, um dos elementos de caracterização da incorporação imobiliária é a captação de recursos do público e sua aplicação em determinada obra; ao realizar oferta pública de imóveis a construir o incorporador está lidando com a economia popular; esses elementos, por si sós, configuram situação merecedora de tutela especial, e um dos propósitos basilares da afetação é disciplinar essa modalidade de captação de recursos e preservar o patrimônio formado com recursos dos adquirentes e demais credores; a afetação, assim, é elemento natural do contrato e não pode sujeitar-se à opção de uma das partes, devendo

lei se destina, a decisão, despeito de ter beneficiado o contratante mais fraco, que são os adquirentes, expropriou bens do ativo da massa falida cuja venda deve beneficiar, também, outros credores igualmente hipossuficientes, como são os trabalhadores, além do fisco e da previdência. A solução dessa espécie de situação de crise é aquela definida pelo art. 31-F da Lei 4.591/1964, que, embora não estivesse em vigor quando da prolação daquela decisão (o procedimento do art. 31-F foi introduzido pelo art. 53 da Lei 10.931/2004), poderia ter sido adotada *de lege ferenda*. Veja-se, a título de ilustração, trecho da decisão proferida no Processo 199901195790 da Comarca de Goiânia, relativa ao empreendimento Costa Verde, no Rio de Janeiro: “Como bem colocado no parecer acima destacado, a Massa Falida da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria, não tem nenhum direito sobre as chamadas “unidades estoques”, as quais sempre pertenceram ao Condomínio e não à ex-incorporadora, ora falida (...). Ante o exposto, à luz da legislação vigente, entendimento doutrinário acima mencionado, acolhendo a manifestação do Ministério Público, e visando propiciar o prosseguimento da construção do empreendimento descrito na inicial, hei por bem declarar como de propriedade da requerente as 78 (setenta e oito) unidades denominadas estoques existentes no empreendimento descrito na inicial, bem como para excluir e afastar qualquer direito da Massa Falida sobre as unidades dos não aderentes à continuidade das obras do mesmo empreendimento, devendo a Comissão de Representantes dos adquirentes ou condomínio adotar o procedimento previsto na Lei de Incorporação para a venda da mesma, sendo que na alienação das referidas unidades não haverá necessidade de qualquer interferência ou nova autorização por parte deste juízo”.

ser considerada afetada toda e qualquer incorporação, independente de qualquer manifestação do incorporador, bastando para tal o registro do Memorial de Incorporação.

Portanto, para segurança jurídica dos credores, notadamente adquirentes, trabalhadores, previdência social e fisco, é necessário a alteração do art. 31-A da Lei 4.591/1964 para o efeito suprimir a opção do incorporador, passando esse dispositivo a definir a afetação como elemento do conteúdo mínimo do contrato de incorporação.

De outra parte, e também em nome da proteção patrimonial dos adquirentes e sua segurança jurídica, deve ser derogado o art. 9.º da Lei 10.931/2004, que atribui aos adquirentes responsabilidade pelo pagamento de dívidas do incorporador falido.²⁵

Trata-se de uma contradição em termos, pois o fundamento axiológico da afetação, no caso, é a proteção dos adquirentes, de modo a lhes garantir a obtenção do imóvel mediante pagamento do preço convencionado, e não mais do que esse preço, e, ainda, dos demais credores vinculados ao empreendimento, por meio de vinculação de receita que lhes garanta o recebimento dos seus créditos por efeito da continuidade da atividade empresarial da incorporação afetada, independente do processo de falência; ora, o art. 9.º dispõe em sentido diametralmente oposto, pois, ao prever a desafetação caso os adquirentes não paguem a dívida da empresa falida, não só lhes imporá desembolso superior ao preço convencionado para a aquisição, como, de outra parte, por efeito da desafetação, imporá aos trabalhadores, à previdência e ao fisco a perda do direito de receber seus créditos diretamente do patrimônio de afetação e os obrigará a habilitar seus créditos no processo de falência, devendo aguardar seu encerramento para recebê-los, o que só ocorrerá após a realização do ativo da massa falida.

Além dessas, há outras disposições que prejudicam os destinatários da proteção patrimonial e burocratizam a atividade empresarial e, portanto, merecem

25. Lei 10.931/2004:

“Art. 9.º Perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1.º do art. 31-F da Lei 4.591, de 1964, bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta Lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior.”

ser derogadas de modo a que o mecanismo opere de maneira efetiva simples, sem entraves burocráticos que, quando da tramitação do projeto, vieram a ser “enxertados” no projeto originalmente concebido no Instituto dos Advogados Brasileiros.

O § 6.º do mesmo art. 31-A, por exemplo, é repetitivo e, portanto dispensável; diz esse dispositivo que os recursos financeiros correspondentes à receita da incorporação “serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação”; ora, esse é o princípio basilar da teoria da afetação aplicável a qualquer situação jurídica e essa destinação está explicitada com todas as letras no § 1.º do mesmo art. 31-A, sendo, portanto, uma repetição acaciana.

O § 7.º do mesmo art. 31-A, que estabelece limites ao reembolso, ao incorporador, do preço da aquisição do terreno, é incompatível com a natureza da atividade do empresário, que, de uma parte, tem o poder de administrar livremente sua empresa e, de outra parte, no caso da incorporação, responde independente de culpa pelos prejuízos que causar aos adquirentes. Recorde-se que as normas sobre a afetação determinam que seja preservado o *quantum* necessário à execução da obra e esse, em princípio, é o valor do orçamento, com suas atualizações monetárias, o qual está arquivado no Memorial de Incorporação; deve-se impor ao incorporador, portanto, a preservação desse *quantum*, sem tolher o direito de apropriação dos investimentos que ele fez e que não sejam destinados à obra.

São também dispensáveis as disposições do art. 31-D, que preveem o fornecimento de balancetes e auditoria, que, de certa forma, também reproduzem as normas relacionadas à apresentação de relatórios físicos e financeiros trimestrais e aos poderes conferidos à Comissão de Representantes.

3.2 *O sistema geral de proteção dos consumidores instituído pela Lei 8.078/1990*

A par do sistema de proteção instituído pela Lei 4.591/1964, sobreveio em 1990 a lei geral de proteção e defesa do consumidor – Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), que, de modo abrangente, define as bases da Política Nacional das Relações de Consumo com o propósito de atender às necessidades dos consumidores e harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo, “sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 4.º, III).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) inclui o contrato de incorporação entre os que caracterizam relações de consumo, ao classificar o *bem*

imóvel como *produto* para efeito das relações jurídicas de consumo, bem como ao considerar a *construção* e a *comercialização de imóveis* como atividades caracterizadoras da figura de *fornecedor* (art. 3.º da Lei 8.078/1990).

Essa equiparação, entretanto, não interfere na vigência do sistema de proteção instituído pela Lei 4.591/1964, nem implica derrogação dos regimes jurídicos especiais dos contratos empregados na incorporação, sob qualquer das suas formas, que coexistem com os princípios gerais de proteção do contratante mais fraco estruturado pelo CDC.

Disso resulta que o contrato de incorporação, qualquer que seja a forma de que se revista (seja em forma de venda, de promessa de venda, de construção, de alienação fiduciária etc.) deve ser interpretado em conformidade com seu regime jurídico próprio, obviamente à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato enunciados no Código Civil de 2002 e na própria Lei 4.591/1964, e assim deve ser porque esses princípios são comuns a todas as espécies de contrato, não se restringindo, portanto, às relações típicas de consumo.

É verdade que, antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, essas cláusulas gerais já haviam sido enunciadas no CDC, circunstância que, nos primeiros anos de vigência deste último, poderia induzir à interpretação segundo a qual as normas contidas no CDC teriam aplicação generalizada e indiscriminada aos contratos em espécie, com desprezo pelos respectivos regimes jurídicos especiais.

A esse propósito, Antônio Junqueira de Azevedo observa que a enunciação dessas cláusulas gerais no CDC em momento anterior à vigência do novo Código Civil pode ter contribuído, em certa medida, para suprir importante lacuna deixada pela demora na atualização desse Código, o que efetivamente foi cumprido pelo CDC:

“A demora na atualização do Código Civil fez com que o Código de Defesa do Consumidor, de uma certa forma, viesse preencher a vasta lacuna que, no campo do direito privado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência percebiam há muito tempo. Na impossibilidade de encontrar, no velho Código Civil, base para o desenvolvimento teórico do que há de mais apto para transformar o sistema fechado em sistema aberto – por exemplo, a referência expressa a cláusulas gerais, como a da boa-fé, e a princípios jurídicos, como o da exigência da igualdade real nos negócios jurídicos –, é no Código de Defesa do Consumidor que se pode encontrar um *ersatz* do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização, eis que tudo que ocorre num microssistema, como o do consumidor,

deve repercutir, dependendo do esforço do 'estamento jurídico', em todo o ordenamento."²⁶

Com efeito, ao dispor sobre a proteção contratual, no Capítulo VI, o CDC estruturou um regulamento de cláusulas gerais, de aplicação generalizada a todas as espécies de contrato em que se verifique o pressuposto da vulnerabilidade, de modo que aquelas cláusulas gerais, do mesmo modo que aquelas que vieram a ser enunciadas pelo Código Civil de 2002, aplicam-se a toda espécie de contratos, pouco importando sejam regulados por leis especiais.

Um desses casos, como exemplifica Claudia Lima Marques, é o do contrato de transporte aéreo: "o espírito protetor do CDC exige que suas normas sobre cláusulas abusivas sejam aplicadas para anular cláusula presente em contrato de transporte aéreo, que exclui o direito de indenização do consumidor por vícios ou fato do serviço, mesmo que a cláusula fosse permitida pela lei específica".²⁷

A materialização do espírito protetor do CDC, assim, se esse vier a incidir para suprir eventuais lacunas dos regimes especiais dos contratos aplicáveis na atividade da incorporação imobiliária, que envolvam os adquirentes, há de se efetivar em conformidade com as cláusulas gerais, notadamente as da boa-fé objetiva, do equilíbrio do contrato e da sua função social, pouco importando tenham sido elas enunciadas no Código Civil ou no CDC.

Dada essa realidade, a apreciação da eventual incidência das cláusulas gerais do CDC sobre o contrato de incorporação deve ser feita com a atenção voltada para a inter-relação entre as normas do CDC e da Lei das Incorporações.

Importa notar, nesse sentido, que, ao agrupar as normas de proteção aplicáveis à universalidade das relações de consumo, sem discriminar quaisquer espécies de contratos ou situações, o CDC caracteriza-se, numa face, como *lei geral* e, na sua face subjetiva, configura uma *lei especial*.²⁸

Em relação ao Código Civil, o CDC é lei especial, pois só trata das relações das pessoas enquanto consumidoras ou fornecedoras, limitando-se a

26. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor; estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. p. 22. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1996.

27. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 243.

28. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 618.

dispor sobre determinados aspectos dos contratos, no que tange às relações de consumo, como, por exemplo, o dever de informação, vícios, abusividade etc., não tocando nos aspectos estruturais e funcionais das diversas espécies de contrato.

Já em relação a leis especiais, como, por exemplo, a Lei das Incorporações ou a Lei da Alienação Fiduciária, o CDC *é lei geral*, na medida em que esses contratos constituem relações de consumo, nas situações em que o adquirente seja o destinatário final da unidade imobiliária (art. 2.º e §§ 1.º e 2.º do art. 3.º do CDC); nessas circunstâncias, essas espécies de contrato submetem-se às normas gerais de proteção do CDC relativas à equidade e boa-fé, que incidem sobre quaisquer relações contratuais, não incidindo o CDC em relação aos aspectos estruturais e funcionais dessas espécies de contrato.

Assim, embora haja um sistema próprio de proteção dos adquirentes, adequado ao negócio da compra de imóveis em construção, o CDC , como lei geral, pode incidir sobre esse negócio em determinados aspectos, como, por exemplo, em relação à publicidade enganosa capaz de causar danos materiais ou morais aos adquirentes (arts. 37 e 51 do CDC), à proibição de cláusulas abusivas, como as que exijam do adquirente vantagem manifestamente excessiva, deixem de estipular prazo para cumprimento da obrigação do incorporador ou de fixar penalidades por mora ou inadimplemento, elevem sem justa causa o preço da unidade imobiliária (arts. 39, V, IX, X, do CDC), as que inviabilizam a revisão do contrato em razão de excessiva onerosidade para o consumidor (art. 6.º, IV e V); pode incidir, ainda, em relação a cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (incorporador ou construtor), inviabilizem a inversão do ônus da prova, nas situações em que seja legalmente admitida, permitam ao fornecedor (incorporador ou construtor) alterar unilateralmente o preço da unidade, entre outras (art. 51 do CDC); além dessas, há a norma segundo a qual é nula a cláusula que estabeleça a perda da totalidade das quantias pagas, nos contratos de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária, devendo a penalidade pelo inadimplemento do adquirente ser fixada em limite razoável (art. 53 do CDC); ainda como lei geral, o CDC pode ser aplicado também em relação à responsabilidade objetiva do incorporador e do construtor pela segurança e solidez da obra e pela reparação dos danos decorrentes de defeito da edificação (art. 12); na fase pós-contratual, incide a regra geral da responsabilidade solidária dos fornecedores (incorporador e construtor) pelos vícios de qualidade e quantidade que tornem a coisa (unidade imobiliária) imprópria ou inadequada ao fim a que se destina ou que lhes diminua o valor (arts. 18 e 19 do CDC).

Essas, entre outras disposições do CDC , incidem sobre o contrato de incorporação por serem normas gerais aplicáveis às relações de consumo, mas,

não obstante, esse contrato continua regido pela Lei 4.591/1964 naquilo que é específico.

Outras situações, além das que acima anotamos, podem estar relacionadas a normas tanto da lei geral quanto da lei especial, mas nos casos em que ocorrerem superposição de normas sobre a mesma matéria devem ser examinadas cuidadosamente as circunstâncias do caso, observado que, em princípio, deve ser priorizada a aplicação da lei especial a partir do pressuposto de que sua formulação atende às características peculiares do contrato, presumindo-se que seja dotada de maior eficácia para solução de problemas próprios da atividade incorporativa.

Exemplo dessa maior eficácia da lei especial é o caso do dever de informação imposto pelos arts. 32 e 43, I, da Lei 4.591/1964, que foi regulamentado com especial grau de precisão porque em sua formulação o legislador teve em vista, especificamente, as peculiaridades da oferta de imóveis a construir e da fiscalização das obras de construção civil e atendeu a essas características especiais.

Igualmente, o mecanismo da afetação patrimonial é fator de maior eficácia do sistema instituído pela Lei Especial das Incorporações em relação ao sistema do CDC, na medida em que permite blindar cada empreendimento contra os riscos patrimoniais do incorporador.

Não há no sistema do CDC nenhum preceito relacionado a essas peculiaridades, e nem poderia haver, pois esse Código dispõe genericamente sobre a proteção do consumidor, sem se deter nas características dos tipos contratuais empregados na venda ou no financiamento de imóveis em construção.

Esses e outros aspectos evidenciam que a despeito da coexistência dos sistemas de proteção do contratante mais fraco, a peculiar eficácia dos preceitos da Lei 4.591/1964 atendem plenamente às peculiaridades das relações jurídicas constituídas no contexto das incorporações imobiliárias e devem ser priorizados em relação às normas gerais do CDC.

3.3 *Coexistência dos sistemas e priorização das leis especiais que regulam os contratos empregados na atividade incorporação imobiliária*

Nos primeiros anos de vigência do CDC houve quem defendesse sua aplicação ampla e irrestrita também às incorporações imobiliárias,²⁹ mas decorrido

29. DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 140.

o tempo necessário para amadurecimento da sua interpretação, Claudia Lima Marques observa que já se consolidou o entendimento segundo o qual não se pode cogitar de “sua autonomia em relação a outros ramos do direito, nem a sua aplicação a todos os casos do mercado”,³⁰ aliás, o próprio CDC reconhece não ter exclusividade na proteção do contratante mais fraco, ao dispor (art. 7.º) que os direitos nele previstos não excluem outros, entre eles os instituídos por legislação ordinária, como é o caso da Lei das Incorporações; assim, a incidência do CDC não afasta a aplicação de leis especiais quanto ao objeto, como são os casos da legislação sobre incorporações, seguro-saúde, mensalidades escolares, transporte aéreo, consórcios, entre outras. Exemplo dessa coexistência de normas no sistema é o reconhecimento, pela ADIn 2.591, da incidência do CDC nas relações jurídicas decorrentes de operações bancárias, na qual o STF decidiu pela convivência do CDC e da legislação especial sobre o sistema financeiro, “em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis”.³¹

Dada essa concepção, a eventual aplicação das cláusulas gerais do CDC deve ser orientada pela tipicidade do contrato, sua estrutura e função, de modo a assegurar a consecução da sua finalidade econômica e social, pois, como observa Luiz Roldão de Freitas Gomes, referindo-se à eventual incidência do CDC sobre o contrato de incorporação imobiliária, “a despeito de o imóvel ser caracterizado como produto no § 1.º de seu art. 3.º, sua incorporação e construção envolvem outros setores da economia, dos quais não se pode apartar (financiamento etc.), convindo remanesçam disciplinados os respectivos contratos pela lei específica (n. 4.591/64), ainda que com a acolhida de preceitos do CDC no atinente à sua proposta, propaganda etc.”.³²

Assim é, observa Claudia Lima Marques, porque a lei especial nova “regula a relação de consumo especial no que positiva e o CDC continua a regulá-la de forma genérica em todos os pontos não abrangidos pela lei especial nova (...). Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros são os casos de incompatibilidade. Se os casos de incompatibilidade são poucos, há neles, porém, clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia”.³³

30. MARQUES, Claudia Lima, op. cit., 5. ed., p. 705-706.

31. Trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa.

32. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 210.

33. MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 632.

Disso resulta que a coexistência da lei geral de proteção do consumidor e das leis especiais sobre contratos que importem na constituição de relações de consumo requer interpretação sistemática e coordenada, por meio de um *diálogo entre fontes* entre fontes legislativas,³⁴ priorizando-se a aplicação da lei especial naquilo que tem de específico.

Essa e outras lições da doutrina, bem como os subsídios colhidos nos estudos de direito comparado e, ainda, a experiência extraída da aplicação prática do CDC recomendam que a eventual aplicação de normas do CDC nas questões relativas aos contratos empregados na incorporação imobiliária, em virtude da equiparação ditada pelos §§ 1.º e 2.º do art. 3.º, se faça para suprimento de lacunas da Lei das Incorporações e seja orientada pela adequada articulação entre os princípios gerais enunciados no CDC e a tutela especial contida nas normas legais que regulam os contratos por espécie, de modo a evitar distorções que frustrem o escopo e a economia do contrato.

Coerentemente com essa concepção, o STJ, nos poucos casos relacionados à matéria que, até a conclusão deste artigo, foram submetidos à sua apreciação, reconheceu a prevalência das leis especiais sobre os contratos de incorporação e de alienação fiduciária de bens imóveis.

Antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, o STJ já se manifestara pela aplicação da Lei 4.591/1964 naquilo que o contrato de incorporação tem de específico. Trata-se do REsp 80.036/SP, relator o Min. Ruy Rosado, segundo o qual “o Codecon trata regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência (...)”. Em seu voto, o relator, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, chama a atenção para a aplicabilidade da lei especial que disciplina o contrato de incorporação imobiliária naquilo que ele tem de específico, salientando que, apesar da incidência dos princípios gerais trazidos pelo CDC, “é certo que o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64)”, salientando que a eventual aplicação do CDC a essa espécie de contrato se daria por força dos princípios gerais

34. MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 28.

que o CDC introduzira no sistema civil, entre eles o da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé objetiva.

Mais recentemente, em relação aos efeitos do inadimplemento do devedor fiduciante em relação aos contratos de financiamento imobiliário com pacto adjeto de alienação fiduciária, o STJ reconheceu a prevalência do critério estabelecido na Lei especial 9.514/1997 sobre o princípio geral enunciado pelo art. 53 do CDC .

Como se sabe, inspirado no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o art. 53 do CDC considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas nos contratos de venda a prazo, inclusive na venda com garantia fiduciária.³⁵

Sucedem que as inúmeras espécies de contrato a que se aplica esse princípio, inclusive aquelas que corporificam relações de consumo, têm peculiaridades que, por distinguirem umas das outras, reclamam tratamento jurídico e legal coerente com sua peculiar estrutura e função.

É o caso do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, empregado com frequência na atividade da incorporação imobiliária; regulado pela Lei 9.514/1997, que não é incompatível com o CDC , esse contrato submete-se às cláusulas gerais enunciadas nesse Código, mas sujeita-se às normas da lei especial naquilo que tem de específico, por corresponder a um aspecto peculiar dessa modalidade especial de contrato; assim, em relação aos efeitos da extinção do contrato de alienação fiduciária por inadimplemento da obrigação do devedor fiduciante, o critério de execução da dívida e de acerto dos haveres é aquele especificamente definido pelo art. 27 da Lei 9.514/1997, pelo qual o credor é obrigado a entregar ao devedor fiduciante a quantia que sobejar do leilão, depois de satisfeito o crédito garantido, e não a regra geral do art. 53 do CDC , que genericamente considera nula a cláusula pela qual se tenha estipulado a perda total das quantias pagas.

Nos casos que, até a publicação deste artigo, foram julgados pelo STJ, foi reconhecida a prevalência da lei especial, tendo em vista que (i) a Lei 9.514/1997 é lei especial nova e, portanto, naquilo que é peculiar à garantia fiduciária,

35. Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) :

“Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”

prevalece sobre o CDC , que é lei geral anterior, (ii) inexistente conflito entre o critério da lei especial e o do art. 53 do CDC , e, além disso, (iii) o critério da lei da alienação fiduciária é o procedimento adequado para execução de crédito garantido por direito real (propriedade fiduciária), pelo qual se promove a conversão do bem em dinheiro para satisfação do crédito garantido, admitida a apropriação do bem pelo credor, do mesmo modo que o Código de Processo Civil admite a adjudicação do bem penhorado pelo exequente (art. 685-A do CPC).

São os agravos de instrumento relacionados aos recursos especiais 932.750/SP (08.02.2008) e 1.160.549/RS (03.09.2012), que, ao decidir pela aplicação da lei especial, demarcam com nitidez o regime jurídico peculiar à alienação fiduciária, valendo destacar do AgIn 932.750/SP, do qual foi relator o Min. Hélio Quaglia Barbosa:

“Em verdade, a situação fática dos autos discrepa daquela em que firmado o entendimento desta Corte Superior, conforme julgados colacionados; trata-se, *in casu*, de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e não de simples promessa de compra e venda (...) a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das prestações adimplidas, por força dos §§ 4.º, 5.º e 6.º do art. 27 da Lei 9.514/97.”³⁶

Seguem essa orientação, de inaplicabilidade, à hipótese, do art. 53 do CDC , recentes decisões dos tribunais estaduais, registrando-se, entretanto, minoritariamente, decisões que desprezam o critério da lei especial e adotam a orientação jurisprudencial aplicável à resolução dos contratos de promessa de compra e venda.³⁷

36. STJ, AgRg no AgIn 932.750/SP, 4.ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 08.02.2008. No mesmo sentido é o Ac 1.160.549, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 03.09.2012.

37. TJSP, Ap 0382643-79.2008.8.26.0577, 4.ª Câ. de Direito Privado, j. 21.07.2011, rel. Des. Francisco Loureiro e TJSP, ApCiv 9300853-02.2008.8.26.0000, 25.ª Câ. de Direito Privado, j. 18.04.2012, rel. Des. Hugo Crepaldi, Reg. 20.04.2012. Outros julgados: “A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4.º, do art. 27, da Lei n. 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor” (TJSP, ApCiv 400.962.4/0-00, 5.ª Câ. Civ., j. 05.11.2005, rel. Des. Oldemar Azevedo; TJSP, AgIn 386425-4/0-00, 7.ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Encinas Manfré).

A título de reforço dessa interpretação, importa ter presente o caso semelhante da alienação fiduciária de bens móveis, em relação ao qual a jurisprudência já se encontra há muito consolidada no sentido de que só será entregue ao devedor a quantia que sobejar do produto do leilão, depois de satisfeito o crédito, acessórios e despesas da execução, reconhecendo-se que esse critério é coerente com o princípio enunciado pelo art. 53 do CDC e, ao mesmo passo, atende às peculiaridades do contrato de empréstimo com garantia fiduciária.³⁸

4. CONCLUSÃO

Essa breve síntese sobre alguns aspectos relacionados à proteção do adquirente de imóveis evidencia o caráter precursor da Lei das Incorporações Imobiliárias em relação à proteção do contratante mais fraco, como anteriormente já o fizera o Dec.-lei 58/1937, ao priorizar a função social do contrato no que tange à venda de lotes de terreno e de apartamentos em construção.

Evidencia-se, obviamente, rigorosa identidade de pressupostos e propósitos entre essas leis especiais e a lei geral de proteção do consumidor corporificada no CDC.

Nas leis especiais referidas está presente a exigência de cumprimento de deveres inerentes à boa-fé objetiva, como o dever de informar correspondente

Contra:

“Reintegração de posse. Compra e venda de imóvel. Alienação fiduciária. Inadimplência confessa do comprador. Retomada do bem. Devolução de quantias pagas (...), nos termos do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, é devida a devolução das parcelas pagas quando da retomada de imóvel objeto de alienação fiduciária” (TJRJ, 9.^a Câm. Civ., ApCiv 0020867-44.2007.8.19.0202, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 15.04.2011).

38. “Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Bem apreendido – Inadimplemento contratual – Restituição da parcela paga com base no Código de Defesa do Consumidor – Inadmissibilidade. Pretensão à restituição das parcelas pagas com base no Código de Defesa do Consumidor. Descabimento. Necessidade de prévia venda do bem. Apuração de saldo remanescente. Recurso desprovido” (Ap. c/ rev. 690.924-00/8, 26.^a Câm., j. 07.03.2005, rel. Des. Andreatta Rizzo).

“Alienação fiduciária – Bem móvel – Apreensão em razão de inadimplência – Restituição das parcelas pagas – Possibilidade somente após a compensação obtida pelo valor arrecadado na venda do bem com o abatimento do capital investido, mais as verbas sucumbenciais – Prevalência do art. 1.^o, §§ 4.^o e 5.^o, e art. 2.^o do Dec.-lei n. 911/69 sobre as normas do Código de Defesa do Consumidor – Recurso não provido” (ApCiv 852.944-0/7, 26.^a Câm. de Direito Privado, j. 21.11.2005, v.u., rel. Felipe Ferreira, Jaboticabal, voto 9.436).

ao registro de Memorial e à prestação de informações periódicas sobre o andamento da obra; é essa legislação que torna irrevogável o contrato, afastando o risco de o incorporador arrepender-se, confere ao adquirente direito real sobre a unidade adquirida, entre outros mecanismos de proteção não contemplados no CDC .

Dada a especificidade dos contratos empregados na incorporação imobiliária, e considerando que o CDC não trata das espécies de contrato, as situações de conflito devem ser tratadas à luz do diálogo das fontes legislativas, de modo a identificar, no sistema, as normas direcionadas especificamente à situação de que se trata, sobretudo em razão da eficácia específica das normas especiais em cotejo com normas gerais do CDC , que eventualmente não se adequem à especificidade da situação.

O cotejo entre o CDC e Lei 4.591/1964 evidencia rigorosa identidade de pressupostos e de propósitos, distinguindo-se apenas quanto ao campo de incidência, pois enquanto o CDC enuncia as normas gerais de proteção do consumidor, a Lei 4.591/1964 institui sistema de proteção aplicável restritivamente aos contratos de alienação de imóveis nas incorporações imobiliárias.

No que tange à qualificação dos contratos por espécie, as Leis 4.591/1964 e 9.514/1997, sendo leis especiais em relação ao CDC , prevalecem sobre este no que os contratos por elas regulados têm de específico, seja pelo critério da especialidade, no primeiro caso, e pelos critérios da cronologia e da especialidade, no segundo caso, ressalvada, naturalmente, a aplicação das cláusulas gerais enunciadas no Código Civil e no CDC , que são aplicáveis a toda espécie de contrato.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A incorporação imobiliária e o direito à informação à luz do Código de Defesa do Consumidor, de Márcio Pires de Mesquita – *RDI* 57/27;
- As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária, de Luiz Roldão de Freitas Gomes – *RDI* 52/61;
- Código de Defesa do Consumidor e as incorporações imobiliárias, de Caio Mário da Silva Pereira – *RT* 712/102;

- Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor, de Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – *RDI* 49/81; e
- O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária – Uma visão crítica da lei, de Mauro Antônio Rocha – *RDI* 59/153.

- 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), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 4, p. 595; e
- Problemas de direito imobiliário – Novações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio, de J. Nascimento Franco, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 4, p. 383.



Meio Ambiente e Registro de Imóveis



REGISTRO DE IMÓVEIS E A MICROFÍSICA DA PUBLICIDADE AMBIENTAL

ALEXANDRE AUGUSTO DE PAIVA BARREIROS

Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrando em Direito pela Unisal. Pós-graduando em Direito Notarial e Registral pelo LFG. Professor de TCC I, II e supervisor desta mesma cadeira na Faculdade de Direito de Itajubá/MG. Tabelião delegatário do 2.º Ofício de Notas de Pedralva/MG.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Ambiental

RESUMO: O direito estabelece o conhecimento da norma jurídica pelo homem por ficção. A informação ambiental esta dispersa em órgão públicos dos mais diversos escalões. A propriedade imobiliária é a menor porção legalmente delimitada do meio ambiente onde se estabelece uma reação caótica entre norma, agir humano e ecossistema. O controle ambiental da propriedade imobiliária implica em um corpus saudável e sustentável. A junção de informação, norma jurídica e publicidade registral implica em educação e formação de consciência ambiental. A concepção de um registro imobiliário ambiental é instrumento de sujeição polimorfa do homem aos critérios legais de utilização do meio ambiente. A centralização dos saberes ambientais na matrícula imobiliária implica em geografia da verdade, genealogia dos problemas do meio ambiente, medicina imobiliária e panoptismo.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Genealogia – Medicina imobiliária – Geografia da verdade – Panoptismo.

ABSTRACT: La ley establece el conocimiento de la ficción legal por el hombre. Información sobre medio ambiente en esta dispersa organismos públicos de diferentes niveles. La inmobiliaria está limitada legalmente parte inferior del medio ambiente que establece una reacción entre el gobierno caótico, acto humano y del ecosistema. El control ambiental de bienes inmuebles implica un corpus saludable y sostenible. La combinación de la información, el imperio de la ley y de publicidad registral implica la educación y la formación de la conciencia ambiental. El diseño de un instrumento de gestión ambiental Registro de la Propiedad es el hombre polimorfa sujeta a los criterios legales para la utilización del medio ambiente. La centralización de los conocimientos ambientales en el registro de bienes raíces implica la geografía de hecho, la genealogía de los problemas del medio ambiente, la medicina y panoptismo bienes raíces.

KEYWORDS: Registro de la propiedad – Genealogía – Médico Real Estate – Geografía de la verdad – Panoptismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A propriedade imobiliária enquanto matriz de ecossistemas – 3. Consciência humana, norma jurídica e informação ambiental – 4. O foro extrajudicial enquanto instrumento de dominação e sujeição polimorfa ambiental – 5. A genealogia e medicina ambiental no registro imobiliário – 6. A publicidade registral como fator gerador de panoptismo – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A norma jurídica dirige o agir humano ao prever uma sanção. O conhecimento destas normas se presume por ficção jurídica na forma do art. 3.º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Por outro lado, a informação ambiental é direito individual, instrumento de educação das pessoas e de controle do Estado. Pelo sistema brasileiro de distribuição de competência, esta se encontra dispersa em uma gama intrincada de órgãos estatais, componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, o que praticamente impede o acesso do homem médio. Por outro lado, muito se tem discutido acerca da possibilidade de conversão do registro imobiliário em instrumento a favor do meio ambiente. Assim, este arrazoado tem por objeto investigar pela perspectiva jusfilosófica os efeitos da conversão do registro imobiliário em serventia ambiental.

Inicialmente delinearemos a relações ecológico-jurídicas, pela perspectiva metafísica, existentes entre propriedade imobiliária e ecossistemas. Ato contínuo, indagaremos o modelo atual de publicidade da norma jurídica e da informação ambiental em consonância com o discurso contemporâneo de centralização destas na matrícula imobiliária, com fim de formação de educação e consciência visualizando o registro imobiliário como instrumento de dominação e sujeição polimorfa a serviço da genealogia e medicina urbana, bem como, fator indutivo de um panoptismo socioambiental. Para tanto realizamos pesquisa documental e bibliografia e método indutivo para confirmação das proposições.

2. A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA ENQUANTO MATRIZ DE ECOSISTEMAS

O planeta Terra localiza-se na ecosfera do sistema solar, percebendo luz do sol. A biosfera terrena é composta da litosfera, hidrosfera e atmosfera, que a partir da síntese da água, do ar, da luz e da comunhão de todos os seres vivos, em uma relação de interdependência entre os reinos (mineral, vegetal e animal), compõem o ecossistema mundial.

A litosfera é o habitat primário do ser humano, sendo composta de ecossistemas sob utilização territorial e responsabilidade de um determinado Estado na medida das respectivas soberanias e de seus cidadãos através dos direitos reais sobre bens imóveis. Dessa forma, pode-se afirmar que os territórios dos Estados compartilham do ecossistema terrestre sob a forma de condomínio humano sujeito a uma soberania.

O bioma planetário como um todo é composto por sub-ecossistemas que podem ser tão grandes quanto o mar, a Amazônia ou o deserto do Saara, ou

tão pequenos quanto a existente em situações de microclimas ou localmente, como uma poça, uma piscina vernal ou uma célula humana, sendo fato que o agir humano local implica reações em cadeia de difícil qualificação e quantificação empírica na medida da indeterminação e interdependência dos ecossistemas diversos sob a configuração de um sistema caótico.

No macro, os territórios são partilhados sob a forma de propriedade imobiliária pública ou privada. Esta é a menor porção do *corpus* estatal legalmente individualizada, pois alberga em si um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3.º, I, da Lei 6.938/1981), representando assim uma porção do meio ambiente. Neste aspecto não podemos olvidar que o ser humano é distribuído de forma heterogênea pelos Estados e mais ainda nos ecossistemas, principalmente sob o aspecto da densidade demográfica, o que implica no aumento das variáveis das reações a que este *agir* localmente implica.

Estes *agir* é objeto da norma jurídica que incide sob os bens jurídicos tutelados de forma caótica em virtude da mutabilidade constante dos sistemas que se integram. Este comportamento inexato implica em alto grau de abstração da norma ambiental, fazendo com que a mesma careça de suporte fático de controle de suas variáveis e das dos ecossistemas. Assim, apesar dos Estados de Direito imporem regras de conduta fato é que o homem deixando uma marca perniciosa onde habita, conforme se faz, cotidianamente, sérios alarmes nos meios de comunicação.

A inscrição da degradação causada pelo homem afeta diretamente o *corpus* do Planeta. Michel Foucault (2002, p. 22) postula que

“O corpo: superfície de inscrição dos acontecimentos (enquanto que a linguagem os marca e as ideias os dissolvem) naturais e humanos, lugar de dissociação do Eu (que supõe a quimera genética de uma unidade substancial), volume em perpétua pulverização.”

Goffredo Telles Jr. (1980, p. 232, grifo do autor) assevera que “todos os *corpos* do espaço são constituídos de outros *corpos*. Ora, todos os *corpos* são associações de *moléculas*. As *moléculas* são associações de átomos. Os átomos associações de *micropartículas*. E as micropartículas, segundo comprovação recente são associações de *partículas fundamentais*”.

Partindo-se da premissa acima, pode-se por analogia traçar a seguinte perspectiva: a o sistema solar é composto por estrelas, planetas e satélites, dentre eles o Terra. Esta por seu turno é partilhada sob a forma de territórios, que se dividem em propriedades imobiliárias, sob a responsabilidade de uma *persona*.

Da inter-reação dos elementos ambientais contidos nestas porções terrestres emana reações caóticas que podem resultar em marcas profundas ou mesmo em uma crise sistêmica. A crise é precisamente o momento em que a natureza profunda da doença ambiental sobe à superfície e deixa-se ver. É o momento em que o processo de desequilíbrio ambiental, por sua própria energia, desfaz-se de seus entraves, liberta-se de tudo aquilo que o impedia de completar-se e, de alguma forma, decide a ser isto á aquilo, decidindo um futuro favorável ou desfavorável para a humanidade (FOUCAULT, 2002, p. 114).

O controle hipotético da norma ambiental e da informação é a maior celeuma que a gestão do meio ambiente enfrenta como um todo e este é decorrente da ausência de suporte fático instrumentado a centralizar e tornar acessível a informação ambiental a todos os interessados.

Como visto o ecossistema terrestre possui delimitação fática na propriedade imobiliária, donde emanam direitos que há muito deixaram de ser absolutos. A história revela uma evolução no sentido de que, ainda que seja um direito natural e o maior dos direitos subjetivos, estes vêm sendo suprimido pelo direito positivo de seu caráter estritamente individual para a implementação de uma justiça social ancorada no respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e do resguardo das gerações futuras.

Neste diapasão, os Estados de Direito, ao tentarem disciplinar o agir humano modificado pelo dever tecnológico, com fulcro no princípio da legalidade, estipulam normas ambientais que incidem na propriedade imobiliária, estas apesar de gerais, abstratas e cogentes impõe um *dever ser* que dever-se-ia culminar com um *corpus* ecologicamente sustentável.

A norma de direito ambiental é um modelo funcional, que contém, em si, o fato em abstrato, pois, sendo um tipo geral oposto à individualidade concreta, pode ser adaptada a esta última e esclarece que o tipo contido no preceito normativo (...) é meio de designação dos elementos da hipótese de fato (REALE apud DINIZ, vol. 1, p. 76).

A abstração da norma ambiental, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo uma oposição entre normas e fatos. Contudo, esta oposição não é hiato insanável, porque os fatos ambientais individuais ocorridos no interior da propriedade imobiliária apresentam o geral determinado no conceito abstrato, ou seja, uma “nota de tipicidade” que permitem seja enquadrada nos conceitos normativos (FERRAZ JR. apud DINIZ, vol. 1, p. 75).

Assim é que a apreciação dos fatores e elementos caóticos do meio ambiente delimitados na circunscrição da respectiva propriedade imobiliária, para

a ciência ambiental representa um instrumento de controle das causas dos desequilíbrios no ecossistema, pois gerindo o micro de forma sustentável o equilíbrio do macro é medida de efeito. Neste ínterim, para a ciência do direito ambiental a delimitação da norma ambiental intrinsecamente relacionada à porção do território seccionada pela propriedade imobiliária representaria a formatação de um objeto passível de aferição empírica.

Dessa forma, um território estatal composto por vários ecossistemas e as respectivas propriedades imobiliárias formadoras deste *corpus* teria a matrícula imobiliária como elemento seccionador jurídico de porções heterogêneas do meio ambiente objeto de norma jurídica ambiental de diversos espectros.

Visando uma comprovação empírica de tal fato, o ecossistema urbano é composto em sua maioria por propriedades imobiliárias de função residencial onde incidem normas ambientais de direito urbanístico, sanitários, do trabalho e etc. No ecossistema rural vige sob as respectivas propriedades, normas de controle de uso de agrotóxicos, preservação do solo, cobertura vegetal dentre muitas outras.

Assim o *corpus* do Estado que corresponda a um ecossistema sustentável deve ser a representação da implementação estrita do *dever ser* estipulado no *ser* das normas ambientais incidentes em todas as propriedades que compõem este todo, podendo ter por matriz de inscrição a matrícula no Registro de Imóveis.

3. CONSCIÊNCIA HUMANA, NORMA JURÍDICA E INFORMAÇÃO AMBIENTAL

Após o insucesso do meio coercitivo de controle do agir humano sob o meio ambiente passou-se a apontar pela mudança comportamental como fator decisivo a manutenção da vida no planeta, apontando muitos no sentido da educação como fator preponderante e diretamente dependente de informação.

A informação é pressuposto de formação de uma consciência ambiental. A Constituição Federal estipulou a conscientização pública como instrumento para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1.º, VI). No entanto, ressalvadas as apostas efetuadas em eco-marketing cujo objeto apenas indiretamente pertence ao direito, passemos a análise do substrato do Direito, a norma e seu papel informador.

A norma jurídica é postulado que trás em si, por meio da linguagem, informações que penetram na sociedade através do regramento da conduta, isto porque ao disciplinar certo comportamento individual o faz de forma a direcionar a mente humana na formação de uma nova consciência que se não realizada implica em sanção.

Assim, a necessidade do direito decorre, dentre outros, da necessidade de dar publicidade a regras de conduta materializadas no direito positivo com o objetivo de formar um padrão no agir humano, com preferência a adequação do *dever ser* pela conscientização a sanção.

A consciência que adquire o homem por meio da informação traduz em mudança de comportamento porque atinge o âmago do ser. Goffredo Telles Jr. (1980, p. 325, grifo do autor) assevera que “a *organização do humano*, obra da consciência, é esse processo, complexa operação pela qual o homem se vai estruturando *espiritualmente*, por meio de sua adesão aos bens que mais lhe convêm”.

Por outro lado é esta consciência que dá a direção para o qual o homem segue em sua busca evolutiva, “o que nos compete aqui é ressaltar que a evolução do homem, por ser uma operação consciente, se caracteriza pela vontade humana de promovê-la” (Teles Jr., 2009, p. 326). Já a sanção altera o agir, mas não necessariamente a consciência, possuindo por antítese a desobediência, rebeldia e revolução.

É pois, objeto da ciência do direito a investigação das formas de obter-se a mais ampla divulgação das normas aos sujeitos de direito como forma de garantia de acesso a esta educação normativa formadora de parâmetros de consciência e não apenas de novas formas de sanção.

O direito utiliza do conceito de publicidade para divulgação da norma jurídica, a consagrando como princípio basilar da transparência que se espera de um Estado de Direito. Esta transparência é a garantia do cidadão de que não pode ser sujeito a sanção por uma norma a qual não se deu a devida publicidade.

Visando a consagrar como inafastável a obrigatoriedade da norma jurídica o direito concebeu da união de uma situação fática, quer seja a publicação do conteúdo do direito positivo no Diário Oficial, juntamente pelo princípio de que “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”, materializado em nosso ordenamento jurídico no art. 3.º do Dec.-lei 4.657/1942, uma ficção jurídica de que todos conhecem as leis.

Interessante neste aspecto o fato de que ainda que os meios de comunicação tenham evoluído a parâmetros nunca antes experimentados o direito ainda não concebeu um instrumento hábil a informar todos acerca do ordenamento jurídico em vigor, isto em virtude da logística e da mutação constante que se sujeita este todo, dentre outros.

Sob o prisma de uma consciência ambiental a norma ambiental enquanto espécie contemporânea do gênero surgiu da necessidade do ser humano de

disciplinar seu próprio agir dentro do ecossistema visando a garantia da manutenção da vida. Assim ao converter as leis da natureza em objetivo do direito e o agir humano em objeto, passou a observar não só o ser natural, determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que o homem se liga nela (KELSEN, 2003, p. 4).

Por outro lado, no auxílio para a formação de uma consciência humana adaptada ao agir humano modificado vige o princípio do direito à informação ambiental, qualificado com direito de quarta geração. Diz-se informação ambiental “a que se refere à situação, disponibilidade e qualidade dos recursos naturais, bem como, sobre políticas, medidas e decisões que tenham por objetos tais recursos” (SAMPAIO, 2003, p. 76).

A importância da divulgação da informação ambiental foi erigido pelos Estados como crucial a sustentabilidade da vida. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Organização Das Nações Unidas, 1992) contém 27 princípios que devem ser implementados pelos Estados para garantia da integridade da vida no planeta e visam a cooperação entre Estados, sociedade e indivíduos. Em razão desta visão de parceria global, a Declaração busca fomentar e assegurar a participação dos cidadãos nos processos decisórios em matéria ambiental. Como base para isso, o Princípio 10 estabelece de forma clara o direito de acesso a informações ambientais:

“A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere a compensação e reparação de danos.”

A Convenção de Aarhus (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003), denominada Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente conceitua “informação ambiental” em seu art. 2.1, senão vejamos:

“A expressão ‘informações sobre o meio ambiente’ designa toda informação disponível sob forma escrita, visual, oral ou eletrônica ou sob qualquer outra forma material, a respeito de: a) o estado do meio ambiente, tais com o ar e a atmosfera, as águas, o solo, as terras, a paisagem e os sítios naturais, a diver-

sidade biológica e seus componentes, compreendidos os organismos geneticamente modificados, e a interação desses elementos; b) fatores tais como as substâncias, a energia, o ruído e as radiações e as atividades ou medidas, compreendidas as medidas administrativas, acordos relativos ao meio ambiente, políticas, leis, planos e programas que tenham, ou possam ter, incidência sobre os elementos do meio ambiente concernente à alínea *a*, precedente, e a análise custo/benefício e outras análises e hipóteses econômicas utilizadas no processo decisório em matéria de meio ambiente; c) o estado de saúde do homem, sua segurança e suas condições de vida, assim como o estado dos sítios culturais e das construções na medida onde são, ou possam ser, alterados pelo estado dos elementos do meio ambiente ou, através desses fatores, atividades e medidas visadas na alínea *b* precedente.”

Atualmente a produção e divulgação da informação ambiental é obrigação latente do Estado Socioambiental de Direito brasileiro. Na esfera interna a Constituição Federal brasileira garante que todo cidadão tem o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral (art. 5.º, XXXIII).

O acesso a informação ambiental foi regulamentado no Brasil com a edição da Lei 10.650, publicada em 16.04.2003, que vincula esta obrigação aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Por esta lei é garantido o acesso público a documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico.

Pela dicção da lei, qualquer pessoa, independentemente da comprovação de interesse específico, terá acesso às informações ambientais, mediante pedido escrito e recolhimento de valor correspondente ao ressarcimento dos recursos despendidos para o seu fornecimento, observadas as normas e tabelas específicas, fixadas pelo órgão competente em nível federal, estadual ou municipal. Estas informações ambientais disponibilizadas versam acerca da qualidade do meio ambiente; políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; substâncias tóxicas e perigosas; diversidade biológica; organismos geneticamente modificados.

Interessante observar que o Sistema Nacional do Meio Ambiente surge com a publicação da Lei 6.938/1981, objetivando estabelecer um conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas responsáveis pela proteção e pela

melhoria da qualidade ambiental. Os órgãos ambientais competentes integrantes do Sisnama têm a incumbência de elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água e, na forma da regulamentação, outros elementos ambientais.

O Sistema Nacional do meio Ambiente é composto por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos municípios, bem como, as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, organizado em níveis político-administrativos.

No primeiro nível temos o Conselho do Governo, órgão superior que tem por finalidade auxiliar o Presidente da República na elaboração e formulação da Política Nacional do Meio Ambiente. Em segundo plano o Conselho Nacional do Meio Ambiente, que atuando como órgão consultivo e deliberativo tem por finalidade estudar e propor diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e deliberar, sobre normas, critérios e padrões de controles ambientais. No centro da cadeia hierárquica federal encontra-se o Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal que tem por finalidade, implementar os acordos internacionais referente à área ambiental. É também encarregado de coordenar, supervisionar e planejar as ações relativas à Política Nacional do Meio Ambiente. Posteriormente e ainda em sede federal temos o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, entidade autárquica dotada de personalidade jurídica encarregada de executar a Política Nacional para o Meio Ambiente, além de realizar as fiscalizações pertinentes. Em sede estadual temos as Secretarias Estaduais do Meio Ambiente e Entidades Supervisionadas que são responsáveis pela execução de programas e projetos de controle. Além disso, têm a finalidade de fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras. Por fim, temos as entidades ou órgãos municipais que voltados para o meio ambiente avaliam e estabelecem normas e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, tendo em vista o uso racional dos recursos. Será sempre respaldado nos órgãos estaduais e federais.

Como se observa a informação ambiental está disponível em uma gama intrincada de órgãos localizados nas esferas federal, estadual e municipal, mediante o pagamento de taxa, o que culmina grande dificuldade de acesso às mesmas.

Outra forma de acesso à informação se dá pela publicação das informações ambientais no Diário Oficial, além de ficarem disponíveis, no respectivo órgão, em local de fácil acesso ao público, por meio de listagens e relações contendo os dados referentes aos seguintes assuntos: (a) pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão; (b) pedidos e licenças para supressão de

vegetação; (c) autos de infrações e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais; (d) lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta; (e) reincidências em infrações ambientais; (f) recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões; (g) registro de apresentação de estudos de impacto ambiental e sua aprovação ou rejeição.

Torna-se ainda importante a sua afirmação, não só para que todos tomem ciência do estado, das propostas e execuções de manejos de seus entorno natural, construindo e renovando uma “opinião pública ambiental informada”, mas, sobretudo para que possam contribuir de maneira efetiva e consciente nos processos decisórios que venham a gerar efeitos sobre a natureza (SAMPAIO, 2003, p. 76).

A partir das premissas retro firmadas temos que a formação de uma nova consciência ecológica deriva de um completo acesso ao conteúdo das normas jurídicas e das informações ambientais produzidas pelo Estado.

4. O FORO EXTRAJUDICIAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO E SUJEIÇÃO POLIMORFA AMBIENTAL

Da história do direito aferimos que a ciência normativa sempre buscou a sujeição do agir humano pelo desenvolvimento de instrumentos de sanção, que através da coação induziria a um comportamento esperado. Nesta linha disciplinar, instrumentalizaram-se as ações e o Estado-Juiz, como distribuidor do bem da vida e pacificador dos conflitos, com enfoque em uma justiça.

No entanto, observamos no decorrer dos anos que esta forma de controle exógeno não é capaz de surtir uma mudança comportamental geral, isto porque sob a perspectiva da possibilidade de uma sanção, que dependerá previamente de uma averiguação do ilícito por parte do Poder Público, o que se dá apenas por probabilidade, aliado ao lucro que seduz a vontade humana, implica muitas vezes na aceitação do risco.

Sob o enfoque ambiental a realidade é ainda mais contundente em virtude do amplo espectro que o agir possui em todo território terrestre. Ora, os fiscais ambientais não conseguem estar em todos os lugares ao mesmo tempo e o Poder Judiciário, por conseguinte, só consegue atuar em situações diagnosticadas.

O sistema do direito no campo judiciário é canal permanente de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfas. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida (FOUCAULT, 2002, p. 102).

Por uma perspectiva estrita, todas as informações relacionadas direta ou indiretamente à situação do meio ambiente na propriedade imobiliária podem ser consideradas informação ambiental, especialmente no que diz respeito às leis, regulamentos e normas ambientais, planos de desenvolvimento, documentos de licenciamento ambiental e relatórios de monitoramento ambiental.

Não podemos esperar que apenas o Estado coaja é preciso consciência através da informação.

5. A GENEALOGIA E MEDICINA AMBIENTAL NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

A história do homem no mundo começa a ser escrita com as pinturas rupestres. Estes registros sob a forma de escrita transmitem impressões de seus objetos à época, sendo um instrumento de comunicação criado para completar a tradição oral do conhecimento.

Pela perspectiva histórica dos artefatos arqueológicos da escrita, a capacidade de percepção do conhecimento a ser transmitido pelo objeto descrito se deu de forma gradativa e correspondente ao grau de evolução da técnica de seu povo. Esta escrita converteu-se em padrão de tipos surgindo os alfabetos.

É através da escrita que o homem viabilizou a civilização na medida em que o controle dos fatores de sua subsistência ultrapassou a oralidade, isto porque, em momento histórico controvertido surge a figura do escriba, que com a adaptação da técnica passou a fornecer informações vitais para o líderes na realização da civilização, tais como quantidade de alimentos produzidos, disponibilidade de água, número de pessoas, escravos dentre outros. Estas informações compiladas formaram o primeiro esboço de Registros, que posteriormente, com a implementação dos Estados culminaram com o conceito hodierno de Registros Públicos.

Assim, no tocante a propriedade o registro imobiliário foi institucionalmente concebido pelos Estados como apêndice dos direitos reais. No Brasil, posteriormente lhe foi atribuído o encargo de ser fiscal dos recolhimentos tributários. Contemporaneamente vem de forma gradativa estabelecer um diálogo com o direito ambiental e urbanístico.

O diálogo crescente entre o meio ambiente e os Registros Públicos culminou com marcante trabalho científico produzido pelo Colégio de Registradores da Espanha, direcionado a Agência Europeia de Meio Ambiente, denominado *El Registro de La Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad*, donde emanam considerações importantes de novas perspectivas da adaptabilidade da técnica registral como instrumento de controle do meio ambiente.

Interessante observarmos, como bem assevera Anelise Grehs Stifelman (2010), o registro imobiliário embora não integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente possui atribuições ambientais, senão vejamos

“Mesmo não estando incluídos no Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, os ofícios de Registro de Imóveis não podem simplesmente negar a importância da publicidade imobiliária de informações ambientais relevantes, devendo exercer um juízo prudencial de qualificação pautado pela observância do ordenamento jurídico como um todo sistêmico, em especial a Lei 10.650/2003 que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais.”

Pela concepção de uma nova realidade registral concebeu-se o princípio da concentração segundo o qual, por meio de uma linguagem descritiva trazer-se-a para a matrícula tudo o quanto se referir ao imóvel, para que haja uma publicidade ampla e de conhecimento de todos, preservando e garantindo, com isso, os interesses do adquirente e de terceiros de boa-fé (arts. 167, II, item 5, c/c o art. 246 da Lei de Registros Públicos).

Assim, surgiu a possibilidade da matrícula, por meio de uma linguagem técnica-jurídica, converter a propriedade imobiliária em uma individualidade do ecossistema dentro do *corpus* estatal. Assim, o registro da propriedade imobiliária no fôlio real delimitaria de forma heterogênea uma porção do todo ecossistema estatal, atribuindo-lhe a função de célula e/ou órgão, conforme a dimensão, o que permitiria um novo parâmetro de genealogia dos males ambientais que assolam o planeta.

A genealogia tem por fim metodológico a análise da proveniência. Portanto, está no ponto de articulação do corpo com a história, deve mostrar o *corpus* inteiramente marcado de sua história ambiental.

A ampliação conceitual do princípio registral da especialidade e concentração aos critérios ambientais pode solucionar uma carência experimentada pelas ciências naturais e sociais no tocante a comprovação empírica dos resultados em virtude da ausência de informações primárias.

Estes princípios enquanto instrumentos da ciência do *saber* se propoem a analisar o *saber* ambiental em termos locais, de domínio, de implantação, de deslocamento, de transferência, poder-se-ia apreender o processo pelo qual o saber ambiental funciona como um poder e reproduz os seus efeitos.

Assim, quem encarasse a análise dos discursos proferidos na matrícula imobiliária, em termos de continuidade temporal seria necessariamente levado a analisá-la e encará-la como sujeito de direitos e obrigações ambientais, e pela perspectiva indireta da transformação interna de uma consciência ambiental

individual, nos termos adaptativos do discurso da Genealogia do Poder, referência teórico do presente estudo. (FOUCAULT, 2002, p. 90).

Assim, estabeleceria a *correlação do Registro Imobiliário com a geografia da verdade*. Poderíamos encontrar na nossa história toda uma evolução na “tecnologia” desta verdade: levantamento de suas localizações, calendário de suas ocasiões, (Foucault, 2002, p. 25). Convertendo o conceito de Sistema de Informação Geográfico ao prisma da legalidade ambiental, por meio do diálogo entre as áreas do conhecimento tendo por matriz os Registros Públicos.

Se existe uma geografia da verdade, esta é a dos espaços onde reside, e não simplesmente a dos lugares onde nos colocamos para melhor observá-la. Sua cronologia é a das conjunções que lhe permitem produzir como um acontecimento, e não a dos momentos que devem ser aproveitados para percebê-la, como por entre duas nuvens (Foucault, 2002, p. 90).

A genealogia através da matrícula imobiliária seria assim o projeto de uma inscrição dos saberes na hierarquia ambiental, com delimitação fática do ecossistema aos limites da delimitação geográfica das matrículas pertinentes, um empreendimento de fornecimento de saberes históricos, tornando-os objeto cognoscível em meio a relação caótica estabelecida entre lei, agir humano e ecossistema.

Hans Jonas (2006, p. 72, grifo nosso) estipula com primeiro dever da ética do futuro é visualizar os efeitos de longo prazo.

“O que deve ser temido ainda não foi experimentado e talvez não possua analogias nas experiências do passado e do futuro. Portanto, o *malum* imaginado deve ser assumir. *Como essa representação não acontece automaticamente ela deve ser produzida intencionalmente: portanto, obter uma projeção desse primeiro futuro torna-se um primeiro dever*, por assim dizer daquela ética que buscamos.”

A inscrição dos saberes ambientais na matrícula imobiliária assumiria a instrumentação de um *promptuarium* ao armazenar os dados pertinentes àquela circunscrição imobiliária, podendo-se aferir da conjuntura desta célula com as demais a saúde de uma determinada região e assim se conjuga a possibilidade de se estabelecer uma medicina apta a tratar de problemas locais com reflexos em todo o *corpus*.

Como referencial teórico ao fenômeno retro descrito, Michael Foucault (2002, p. 54-50) já o visualizava sob a forma de uma medicina urbana, senão vejamos:

“A medicina urbana não é verdadeiramente uma medicina dos homens, corpos e organismos, mas uma medicina das coisas: ar, água, decomposições, fermentos; uma medicina das condições de vida e do meio de existência. Esta

medicina das coisas já delinea, sem empregar ainda a palavra, a noção de meio que os naturalistas do final do século XVIII, como Cuvier, desenvolverão: A relação entre organismo e meio será feita simultaneamente na ordem das ciências naturais e da medicina, por intermédio da medicina urbana. Não se passou da análise do organismo à análise do meio ambiente. A medicina passou da análise do meio à dos efeitos do meio sobre o organismo e finalmente à análise do próprio organismo. A organização da medicina foi importante para a constituição da medicina científica.”

O embasamento para a ampliação do conceito metodológico de medicina urbana para todo o meio ambiente fica crível a partir da matrícula imobiliária na medida em que, em diálogo científico com as demais fontes do saber humano, este *promptuarium* ante as inovações tecnológicas seria formatado, enquanto instrumento, ao melhor interesse da respectiva ciência.

Vejamos que este *promptuarium*, ora-concebido, ou seja, esta inscrição dos saberes ambientais a partir da individualização da propriedade induz a um resultado apto a instrumentalizar o Poder Político da medicina previsto por Michel Foucault (2002, p. 89), vejamos:

“O Poder Político da medicina consiste em distribuir os indivíduos uns ao lado dos outros, isolá-los, individualizá-los, vigiá-los um a um, constatar o estado de saúde de cada um, ver se está vivo ou morto e fixar, assim, a sociedade em um espaço esquadrinhado, dividido, inspecionado, percorrido por um olhar permanente e controlado por um registro, tanto quanto possível completo, de todos os fenômenos.”

Assim, a concepção da inscrição dos saberes ambientais a partir da propriedade imobiliária induz a uma série de proposições jusfilosóficas de aferição pela indução e dedução, dentre as quais se destaca a realização de uma geografia da verdade, de uma genealogia dos problemas ambientais e também da instrumentalização de um *promptuarium* de medicina imobiliária servindo de instrumento as ciências ambientais.

6. A PUBLICIDADE REGISTRAL COMO FATOR GERADOR DE PANOPTISMO

A publicidade no Registro de Imóveis denota da dicção do art. 16 da Lei de Registros Públicos, implicam aos oficiais e os encarregados das repartições em que se fazem os registros, a obrigação de lavrar certidão do que lhes for requerido, bem como de fornecer às partes as informações solicitadas.

Analisando a publicidade registral pela perspectiva da funcionalidade e da praticidade temos que esta tem por característica marcante o alcance *in loco* do

interessado ao conteúdo da propriedade imobiliária, isto porque, contrário ao que ocorre com a informação ambiental que esta dispersa no Sisnama, o Registro de Imóveis é órgão acessível a todos e possível centralizador dos preceitos ambientais nas circunscrições das respectivas matrículas, este agrupamento implicaria instrumentalização do disposto no art. 5.º, XXXIII, da CF/1988 .

Antonio Giner (2012, p. 602) ao abordar a utilização do Registro de Imóveis como cartório de informação ambiental, dentre outros, aponta que o mesmo possui como características especiais ser um cartório público, estruturado territorialmente onde todos os cidadãos podem ter acesso livre e em igualdade. Partindo desta premissa metodológica passemos a determinar, sem o fito de esgotar o objeto investigado, os efeitos que tal mutação registral implicaria sob a ótica do panoptismo.

O panóptico é uma tecnologia de vigilância e controle desenvolvida por Jeremy Bentham em 1789, que tem por fim dar visibilidade aquilo que é íntimo e a produzir o olhar normalizador do indivíduo sobre o próprio indivíduo, com o objetivo de viabilizar uma forma eficiente de controle e de garantir o poder da mente sobre a mente.

A eficiência deste sistema baseia-se na arquitetura do fato de que as pessoas a serem inspecionadas pudessem estar continuamente sob a vista de quem tivesse que inspecioná-las ou, quando sem a presença física do vigilante, fossem desenvolvidos mecanismos que fizessem as mesmas acreditarem nesta possibilidade de ainda assim estarem sendo vigiadas.

Para produzir esse efeito, Bentham apostou numa arquitetura circular, em cujo centro estaria, em sua cabine, o inspetor, que de acordo com a iluminação correta, poderia ver e vigiar a periferia da circunferência sem ser visto por quem lá estivesse.

Esse modelo que fornece ao inspetor total visibilidade e nenhuma outra ao inspecionado, conferia eficiência à disciplina, além de possuir vantagens econômicas, na medida em que haveria, sem qualquer comprometimento, uma redução no quadro de funcionários, além da simplificação do serviço de inspeção.

O que estava em jogo na realidade era uma construção minuciosa de técnica que permitia ver e que induzia a efeitos do poder (FOUCAULT, 2002, p. 180).

Aplicando-se o conceito panóptico ao Registro de Imóveis, teríamos que uma matrícula imobiliária ambiental seria o centro de controle, a origem, e a periferia, o agir humano modificado com seus desdobramentos. O centro seria a referência ambiental, o único ponto singular em meio à heterogeneidade dos ecossistemas. Esta estrutura supõe uma instância exterior com uma consciên-

cia global de toda a situação, ocupando uma posição central privilegiada, que poderia ser o próprio Registrador de Imóveis ou o Poder Público.

Percebemos, portanto, uma hierarquia explícita em que a matrícula imobiliária dita ambiental seria a matriz passível de vigilância pelo Registrador de Imóveis e por todos interessados, através de sua publicidade e, assim, virtualmente, teria posição central de vigia. O resultado desta organização espacial influi de forma bastante incisiva no modo do humano uma vez que o grau de visibilidade induz a um modo de se comportar conforme a norma.

Interessante que, neste modelo, entretanto, o registrador imobiliário, apesar de privilegiado, não está imune nem fora do poder. Não somente encontra-se inserido nesta maquinaria, como também sofre seus efeitos normalizadores, na medida em que tem um papel a cumprir, o de vigiar, e seria o responsável pelo bom funcionamento de toda essa estrutura. Deve-se levar em consideração, independentemente da verificação e vigilância por parte do registrador imobiliário, no panóptico, o poder é inverificável, e é, exatamente, nesta dúvida que o olhar da norma, único e centralizador, pode ser introjetado no indivíduo. Isto porque, o indivíduo, ao acreditar que está sendo vigiado, passa a vigiar-se.

Assim, o objetivo de uma matrícula imobiliária ambiental seria o de submeter o responsável pela propriedade imobiliária a um campo de visibilidade, que por si só, sem recorrer à força, mas à tecnologia disciplinar, faria o indivíduo a sua própria sujeição à norma. O objetivo final a ser atingido seria fazer com que o indivíduo seja seu próprio agente de controle, chegando a uma auto-vigilância. Isto porque metaforizar as transformações do discurso através de um vocabulário temporal conduz necessariamente à utilização do modelo da consciência individual, com sua temporalidade própria. Tentar ao contrário decifrá-lo através de metáforas espaciais, estratégicas, permite perceber exatamente os pontos pelos quais os discursos se transformam em, através de e a partir das relações de poder (p. 90).

Este acesso ao conteúdo ambiental contido em determinada propriedade imobiliária, auxiliaria à sociedade civil na tomada de decisões, na elaboração e monitoramento de políticas públicas na área ambiental, de curial importância para a manutenção do equilíbrio e sustentabilidade do meio ambiente, isto porque este acesso garante que a população tenha conhecimento sobre: a qualidade e a saúde ambiental local, regional ou em uma perspectiva mais completa de todo o país, além das atividades impactantes que podem afetar direta ou indiretamente diferentes ambientes e, conseqüentemente, suas vidas – como no caso de das áreas contaminadas.

Assim, outro efeito aferível por indução e dedução da inscrição dos saberes ambientais a partir da delimitação da propriedade, ou seja, através da respec-

tiva matrícula é a ocorrência de uma panoptismo de caráter ambiental, onde homens podem vigiar a si mesmo e outro homens a partir das informações de fácil acesso disponibilizada pela publicidade registral.

7. CONCLUSÃO

A forma atual de publicidade das normas e informações ambientais impede o homem médio de lhes acesso. A sanção não tem se mostrado completamente hábil a formação de uma nova realidade ambiental.

A propriedade imobiliária enquanto objeto das ciências ambientais e jurídicas e a menor porção do ecossistema limitado legalmente cujo núcleo de controle é a matrícula imobiliária. Controlando-se a propriedade imobiliária controla-se todo o *corpus*.

A inscrição dos saberes ambientais a partir da propriedade imobiliária limitada pela respectiva matrícula induz a formação de consciência ambiental e panoptismo, instrumentaliza uma geografia da verdade, uma genealogia dos problemas ambientais favorecendo a implantação de uma medicina imobiliária através do diálogo com as demais fontes das ciências ambientais.

8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*: LGL\1988\3. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br].
- _____. Decreto-lei 4.657, de 04.09.1942. *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. Brasília: DOU, 09.09.1942, p. 1. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm]. Consulta em: 15.03.2013.
- _____. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*: LGL\1981\21. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br].
- _____. *Lei 10.650, de 16 de abril 2003*: LGL\2003\494. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br].
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Roberto Machado (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma técnica para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Aarhus*. Bruxelas, 2003. Disponível em: [www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventionin-portogese.pdf]. Acesso em: 20.09.2013.

_____. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: 1982. Disponível em: [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf]. Acesso em: 15.03.2013.

SAMPAIO, José A. L.; Wold, Cris; Nardy, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STIFELMAN, Anelise Grehs. O registro de imóveis e a tutela meio ambiente. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 69. p. 337. São Paulo: Ed. RT, 2010.

TELLES JR., Goffredo da Silva. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 1201*; e
- O registro de imóveis e a informação ambiental, de Antonio Giner, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 593*.

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. A fine grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant, where it overlaps with the circular shapes. The overall aesthetic is clean and modern.

Doutrina Internacional



O SISTEMA REGISTAL ESPANHOL E OS EFEITOS SUBSTANTIVOS GERADOS PELO REGISTO

A PERSPECTIVA DE UMA PORTUGUESA

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: Através deste estudo pretende-se dar uma perspectiva geral do sistema registral espanhol e analisar os efeitos substantivos gerados pelo registo. O sistema registral espanhol merece-nos particular curiosidade e atenção, por um lado, porque – afastando-se dos sistemas registrais vigentes nos países da *civil law* – é o arquétipo de sistema registral que, adoptando a inscrição declarativa e não obrigatória, nem por isso deixa de consagrar o princípio da legitimação em benefício do titular registral e o princípio da fé pública registral em benefício do terceiro adquirente – o que só é possível porque adopta o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo ou rigoroso, bem como o princípio da continuidade ou do trato sucessivo. Por outro, porque, o sistema registral espanhol apesar de consagrar o princípio da fé pública registral, admite, de forma bastante ponderada, a usucapião contratabular. Mas, porque o sistema em causa nem sempre assim foi, não podemos deixar de começar por fazer uma súmula da sua evolução histórica, antes de analisarmos o sistema registral espanhol actualmente em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema registral espanhol – Efeitos substantivos do registo.

ABSTRACT: This study aims to give an overview of the Spanish Land Registry System and analyze the substantive effects of registration. The Spanish Land Registry System deserves our particular attention and curiosity because – moving away from the main land registries systems prevailing in civil law European countries –, for one hand, is the archetype of a registry system that adopting a declarative and not obligatory registry, nor why, consecrate the principle of legitimacy in benefit of the holder of a registration and the registry public faith's principle in benefit of third parts vis a vis the registrable fact – which is only possible because is adopting the legality principle, in its ampler or rigorous sense, and the principle of continuity or successive tract. For another one, because the Spanish Registry, although consecrates the principle of registry public faith, ponderously, admits the prescription against the holder of a registration. But because the Sistem it was not always like, we will do a summary of its historical evolution before analyzing the current Spanish land registry.

KEYWORDS: Spanish Registry System – Substantive Effects of Land Registry.

SUMÁRIO: 1. Nota prévia – 2. Breve resenha da evolução histórica – 3. A função desempenhada pela publicidade registral na alteração da situação jurídico-real – 4. Efeitos do registo

para o titular registal: o princípio da legitimação registal – 5. Efeitos do registo para o terceiro em face do facto registável: a integralidade e a exactidão do registo – 6. A anotação preventiva de demanda, maxime enquanto assento registal provisório de conteúdo negativo – 7. A usucapião contratabular.

1. NOTA PRÉVIA

Através deste estudo pretende-se dar uma perspectiva geral do sistema registal espanhol e analisar os efeitos substantivos gerados pelo registo.¹

O sistema registal espanhol merece-nos particular curiosidade e atenção, por um lado, porque – afastando-se dos sistemas registais vigentes nos países da *civil law* – é o arquétipo de sistema registal que, adoptando a inscrição declarativa e não obrigatória,² nem por isso deixa de consagrar o princípio da legitimação em benefício do titular registal e o princípio da fé pública registal em benefício do terceiro adquirente – o que só é possível porque adopta o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo ou rigoroso,³ bem como o princípio da continuidade ou do trato sucessivo.

Por outro, porque, o sistema registal espanhol apesar de consagrar o princípio da fé pública registal, admite, de forma bastante ponderada, a usucapião contratabular.

No entanto, porque nem sempre o sistema assim foi, não podemos deixar de começar por fazer uma súpula da sua evolução histórica.

É o que faremos de seguida, antes de analisarmos o sistema registal espanhol actualmente em vigor.

2. BREVE RESENHA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em⁴ Espanha, o primeiro Registo foi um Registo de documentos, organizado em 1539 no reinado de D. Carlos e de D. Joana. A finalidade visada por

1. Utilizamos a palavra registo em maiúsculas quando nos referimos à Instituição e em minúsculas quando nos estamos a referir ao assento registal.
2. O sistema registal espanhol consagra algumas hipóteses de inscrição obrigatória, no entanto, em todas elas, a ausência de registo não conduz à inoponibilidade, mas sim a outras sanções (v.g. responsabilidade). Portanto, pode afirmar-se que a inscrição declarativa ou consolidativa não é obrigatória e que a inscrição obrigatória não condição de oponibilidade ou, com mais rigor, não é consolidativa.
3. Ou seja, *como controlo de legalidade de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós, como relacionando-os com os eventuais obstáculos que o Registo possa opor ao assento pretendido*.
4. Por todos, veja-se: Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, 3. ed., act., Madrid: Marcial Pons, 1994, t. I, p. 59 e ss.; Gómez de La Serna, *Ley hipotecaria co-*

este primitivo Registo foi a de dar publicidade a censos, tributos e hipotecas de casas e herdades, os quais, se não fossem registados, seriam inoponíveis ao posterior adquirente do imóvel e insusceptíveis de serem invocados em juízo mesmo *inter partes* – pretendia-se, assim, cobrar impostos e assegurar o desenvolvimento do crédito.

Mas este sistema fracassou nos objectivos delineados, não sendo difícil deduzir as causas do fracasso: não se identificavam os prédios; não existiam índices fiáveis; inexistia um procedimento registal; não se controlava o trato sucessivo; não era fácil, em virtude da desordem, a consulta dos livros; existiam direitos reais de garantia que não se publicavam; não se registavam direitos reais de gozo nem os actos *mortis causa* etc.

O primeiro ensaio de organização sistemática de um Registo moderno ocorreu com a pragmática de Carlos III, de 31.01.1768, que criou os *oficios de hipotecas*, denominados depois como *Contadurías de hipotecas*, e foi produto do projecto da reforma tributária. Esta reforma revelou uma preocupação fundamental: a de dar ordem ao Registo através de um procedimento registal. O arquivo de uma cópia foi substituído pela “toma de razón”; passou a descrever-se detalhadamente o prédio; a encadernar-se os documentos em livros e a ordená-los por anos; a organizar índices fiáveis.

O procedimento registal envolveu um progresso notório da publicidade, mas era ainda insuficiente. Continuavam a existir defeitos estruturais importantes: não era dada qualquer publicidade à transferência da plena proprie-

mentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formulario para su más fácil aplicación, mpta. De la Revista de Legislación, vol. I, Madrid, 1862; Gordillo Cañas, La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica, Anuario de Derecho Civil, 1994, p. 21 e ss.; Gordillo Cañas, Bases del derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales: sistema español, Anuario de Derecho Civil, 1995, t. XLVIII, fasc. II, p. 527 e ss.; Lacruz Berdejo, Derecho inmobiliario registral cit., p. 27 e ss. e p. 159 e ss.; Mariano Peset, Los orígenes del registro de la propiedad en España, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 527, ano 1978, p. 695 e ss.; Méndez González, De la publicidad contractual a la titulación registral, Pamplona: DAPP, 2008, p. 75 e ss.; Monserrat, Derecho inmobiliario registral, Madrid: Civitas, 2000, p. 27 e ss.; Núñez Lagos, El registro de la propiedad español, loc. cit., p. 217 e ss.; Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill, Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral cit., t. I, p. 149 e ss.; Rodríguez Otero, Cuestiones de derecho inmobiliario – El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema cit., p. 116 e ss.

dade, à aquisição dos direitos reais menores de gozo, às hipotecas legais e às hipotecas convencionais gerais – que beneficiavam de prioridade; por outro lado, não acediam ao Registo os actos *mortis causa* e em geral os actos de aquisição não contratual (por exemplo, as sentenças); a descrição do prédio não pressupunha a existência de dados fiáveis sobre a sua identidade material etc.

As disposições sobre as *Contadurias de hipotecas* não podiam satisfazer as necessidades do tráfico e do crédito imobiliário, sobretudo porque nem sequer garantiam ao potencial adquirente de um direito real de garantia que o direito de propriedade que se pretendia onerar⁵ ainda não tinha sido alienado a outrem. Tais disposições limitavam-se a determinar que os actos registáveis que não fossem efectivamente registados careciam de valor perante os Tribunais.

No séc. XIX, em 1861, surge a primeira lei hipotecária e respectivo regulamento, os quais, sem atribuir ao registo uma função constitutiva, instauraram um sistema geral de publicidade imobiliária registal, sujeitando, em regra, a registo os factos jurídicos aquisitivos, modificativos ou extintivos da generalidade dos direitos reais – quer tivessem ocorrido antes, quer depois, da entrada em vigor da lei⁶ – e a posse devidamente comprovada.

5. Quem pretendesse adquirir um direito real sobre um imóvel não podia recorrer ao registo para se assegurar que aquele que lhe o pretendia transmitir ou constituir era o efectivo titular do direito.
6. Os redactores do projecto de lei confrontados com a possibilidade de regular apenas as hipotecas ou ao invés os direitos reais em geral fizeram a segunda opção, por um lado, por terem consciência de que a primeira condição de um bom regime hipotecário é o registo do domínio em si, e de todas as suas transmissões – porque a propriedade é a base da hipoteca, e esta é certa, duvidosa ou nula, conforme a certeza, dúvida ou nulidade daquela. Por outro lado, porque apenas sujeitando a registo a maioria dos direitos reais seria possível assegurar (na medida do possível) os credores hipotecários que não viriam a ser preteridos em virtude de direitos anteriores (de gozo ou de garantia), não inscritos mas, ainda assim, face a si oponíveis. (Cfr. Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada y reglamento general para su ejecución, Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870, p. III e IV). Refira-se, no entanto, que os factos jurídicos ocorridos antes da entrada em vigor da lei hipotecária que passaram a estar sujeitos a registo preservaram a sua eficácia, independentemente da publicidade registal, até haver decorrido o prazo de cento e oitenta dias sobre a entrada em vigor da lei de 21.12.1869, uma vez que os prazos legalmente fixados em datas anteriores foram sendo, sucessivamente, prorrogados. (Cfr. exposição de motivos apresentada, com o projecto de reforma da lei hipotecária, em dezembro de 1869, Lei hipotecaria reformada y reglamento general para su ejecución cit., p. CXXI e ss.). Acresce que os referidos factos jurídicos, ocorridos antes da

Acresce que a referida lei e respectivo regulamento consagraram a possibilidade de os autores das acções reais imobiliárias obterem a anotação preventiva das mesmas com base numa providência judicial (cfr. arts. 42. 1.º e 43 da lei hipotecária e arts. 41 e 45 do respectivo regulamento). Através de tal assento registal provisório o autor da acção não consolidava a oponibilidade *erga omnes* do seu direito real cujo facto aquisitivo ainda não estivesse inscrito e, naturalmente, a ausência de tal registo não afectava a oponibilidade *erga omnes* já anteriormente consolidada mediante a inscrição. Mas, só através de tal assento provisório o autor podia assegurar-se de que não viriam a ocorrer factos jurídicos que obstassem ao cumprimento da sentença que viesse a julgar procedente a acção.

Em resumo, como resulta da exposição de motivos da lei hipotecária, a anotação preventiva das acções reais, efectuada em virtude de uma providência judicial de cariz cauteloso, surgiu como um meio de garantia da efectividade ou do cumprimento da decisão judicial que viesse a julgar procedente a acção real, ao assegurar a sua exequibilidade, não obstante não inibir o réu de alienar ou onerar o direito sobre o imóvel e de tais factos poderem ser publicitados pelo Registo através de assentos definitivos.⁷⁻⁸

A lei hipotecária, de 1861, tendo surgido antes do Código Civil e afastando-se radicalmente das leis seculares de Espanha, continha preceitos de diversa índole: de carácter processual, de direito civil puro e outros que pertenciam ao direito imobiliário registal.⁹ Entre estes últimos distinguem-se, por um lado,

entrada em vigor da lei hipotecária, puderam aceder ao registo e tornar-se oponíveis em face de factos posteriores, mas com registo prioritário, até 1975, ano no qual terminou o período transitório que foi sendo, também, sucessivamente prorrogado.

7. Efectivamente, o réu não ficava inibido de praticar tais actos mas, os mesmos, ocorrendo após o registo da demanda que era lavrado em virtude da providência judicial ordenada cautelarmente, seriam ineficazes perante o autor da acção que havia garantido a sua pretensão através da anotação preventiva caso a acção viesse a ser julgada procedente. (Vide Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, Ley hipotecaria reformada y reglamento general para su ejecución cit., p. XIII-XVI e p. XLVII e ss.).
8. Refira-se que não obstante o art. 42, 1.º, da lei hipotecária, apenas se referir às acções reais, pelo menos a partir da lei hipotecária de 1909, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a possibilidade de serem anotadas, preventivamente, outro tipo de acções (por exemplo, a acção de nulidade, a acção de anulação, a acção de revogação de uma doação, acção de rescisão etc.).
9. Segundo os redactores do projecto, que uma vez aprovado deu origem à primeira ley hipotecária, “se a legislação hipotecária estivesse compreendida num Código Ci-

os de natureza substantiva ou material (por exemplo: os arts. 23 a 28, 31, 33, 34 a 38, 69, 264 e outros) e, por outro, os preceitos de índole essencialmente registal que consagravam garantias tipicamente registais ou que se referiam à organização e ao modo de lavrar os registos (por exemplo: o art. 6.º e o art. 7.º que consagravam o princípio da instância; os arts. 18 e 19, 65 e 66 e 100 a 103 que regulavam o princípio da legalidade; os arts. 82 e 83 que impunham o princípio do trato sucessivo etc.).

A nota característica da lei hipotecária de 1861 traduziu-se no facto de ser altamente inovadora. Efectivamente, em face da possibilidade de eleger entre a concepção francesa de um Registo – no qual aquele que constasse como titular registal estava a salvo de que lhe viessem a ser opostas alienações ou onerações anteriores, praticadas pelo mesmo *dante causa*, e não inscritas – e a concepção de inspiração germânica (chamemos-lhe assim) de um Registo que publicava e garantia quem era o titular que podia alienar ou onerar, escolheu ambas, *muito provavelmente por ter prescindido do registo enquanto*

vil , cujas partes guardassem entre si a unidade e correspondência necessárias, sem dúvida muitas das disposições escritas no projecto não se encontrariam no título do código consagrado especialmente às hipotecas, mas estariam disseminadas por toda a obra. Se existisse um Código Civil homogéneo em todas as suas partes e se se tratasse, para o completar, de estabelecer uma lei especial de hipotecas, também não seria necessário dar tanta extensão à obra; no Código Civil encontrar-se-ia um considerável número de disposições que o projecto contém. Se, para além do exposto, a comissão adoptasse os princípios estabelecidos nas leis seculares de Espanha, e, respeitando o que existe, se limitasse a desenvolver praticamente as regras escritas no direito antigo, seria também fundada a censura. Porém nada disto sucede; o projecto altera profunda e radicalmente nos seus princípios cardeais a antiga legislação sobre hipotecas; quase todas as disposições, que até aqui as regularam, sofrem em maior ou menor escala importantes modificações; o direito civil experimenta alterações transcendentais; apenas haverá uma ou outra das suas instituições, que não seja afectada pela inovação: na ordem da família, a sociedade conjugal e o Poder Pátrio; nas tutelas e curadorias, as relações entre o menor, ou incapaz e as pessoas encarregadas da sua administração; na propriedade e outros direitos reais: a aquisição, conservação, transmissão e modificações; nas sucessões, a vontade do testador ou a disposição das leis; nos contratos, a segurança do cumprimento.

Tudo isto está intimamente ligado com a lei de hipotecas; a tudo afecta gravemente o novo sistema; tudo foi sujeito a revisão; tudo sofreu grandes modificações.” (Cfr. Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución cit., p. XX e XXI; Ferreira de Mello, Commentario critico explicativo à lei hypothecaria portuguesa de 1 de Julho de 1865, Porto: Typographia de António Augusto Leal, 1864. p. 83-84).

modo de aquisição de direitos e o ter reconduzido a um registo declarativo ou meramente consolidativo.

Mas, expliquemos com mais pormenor.

O posicionamento do legislador espanhol ao iniciar a redacção da lei hipotecária foi consentâneo com o projecto do Código Civil de 1851, de cariz marcadamente francês. O seu propósito mais patente era dar resolução ao conflito entre dois adquirentes do mesmo autor ou causante, de direitos total ou parcialmente incompatíveis, quando o primeiro não inscrevesse antes do segundo. E pretendia resolvê-lo a favor do adquirente que diligentemente solicitasse o registo.

No entanto, conforme foram avançando os trabalhos preparatórios, foi-se impondo na mente dos autores do projecto de lei uma concepção de Registo mais ampla: um organismo dirigido a conferir ao terceiro titular inscrito uma protecção mais geral, semelhante à que prestava o assento em certas legislações germânicas, nomeadamente aquelas que vigoravam na Prússia e na Áustria.¹⁰⁻¹¹

Acresce que esta evolução também levou em consideração a discussão sobre o registo das acções que antecedeu a lei francesa de 1855 e a lei hipotecária belga de 1851.¹²

10. Cfr. a *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, de 1794, a lei hipotecária austríaca, de 22.04.1794, e o Código austríaco de 1811.

11. Tendo tomando como ponto de partida as leis belga e francesa existentes e o sistema vigente das Contadurías de hipotecas, os redactores da lei, ao mudarem paulatinamente de objectivos, procederam por adição, e o leitor da primeira Lei Hipotecária espanhola deve ter em conta tal vicissitude, sob pena de não compreender a lei um tanto barroca e de difícil interpretação global.

12. Como se sabe, o Código de Napoleão consubstanciou um claro retrocesso em matéria de publicidade registal, não tendo sequer de continuidade aos princípios da *Loi du brumaire*. De facto, este Código, desde logo, apenas manteve a regra segundo a qual a oponibilidade da aquisição a “terceiros” estava condicionada ao registo, quando em causa estivesse uma aquisição, *inter vivos*, a título gratuito, de direitos sobre bens susceptíveis de hipoteca.

Não obstante, num aspecto particular, o Código de Napoleão continha uma norma que foi, posteriormente, considerada “la pierre d’attente d’une organisation plus générale”. Referimo-nos ao art. 958 que disciplinou a revogação da doação em virtude de ingratidão e constituiu o arquétipo do futuro registo das acções judiciais na Bélgica.

Vejamus com pormenor: o art. 939 do Código dispunha, excepcionalmente, que a doação que houvesse por objecto bens susceptíveis de hipoteca devia ser registada,

No final, a comissão acabou por propor um sistema registal bem distinto do

como no domínio da *Loi du 11 brumaire*. O art. 958, por seu turno, previa que a acção de revogação da doação, por causa de ingratidão, devia ser registada à margem da transcrição do acto da doação e que a revogação da doação não prejudicaria nem as alienações feitas pelo donatário, nem as hipotecas e outras cargas reais que ele pudesse ter imposto sobre o objecto da doação se estas fossem anteriores ao registo da acção.

Para compreender o significado desta norma, cumpre recordar que segundo o ensinamento de Pothier, dever-se-ia distinguir – quanto aos efeitos em face de subadquirentes do donatário – a revogação por ingratidão da revogação por superveniência de filhos. Neste último caso, a superveniência de filhos era considerada uma cláusula tácita de revogação/resolução do contrato de doação. Após o nascimento de um filho, a doação resolvia-se *ex causa necessaria et antiqua*. O donatário, tendo adquirido um direito de propriedade sujeito a condição, enquanto não ocorresse o evento resolutivo apenas podia transferir ou constituir um direito também sob condição. Consequentemente a revogação por superveniência de filhos afectava também o subadquirente e o doador recuperava a coisa doada sem que esta estivesse onerada por qualquer direito que o donatário houvesse constituído, uma vez que a verificação do evento resolutivo produzia efeitos *ex tunc*, desde o dia da verificação *causa antiqua*.

A revogação por ingratidão actuava de modo muito diverso. A ingratidão do donatário não representava uma “causa necessária, antiga e inerente ao contrato”. A cessação da eficácia da doação ocorria *ex causa nova* e traduzia-se na punição da ofensa cometida pelo donatário. Consequentemente o subadquirente havia adquirido um direito perfeito e não sujeito a condição e não era necessariamente prejudicado pela revogação. Havia que distinguir consoante o subadquirente houvesse adquirido o direito antes da propositura da acção de revogação ou depois desta. No primeiro caso o subadquirente não era prejudicado, no segundo era-o, uma vez que a partir do dia da propositura da acção a coisa doada deixava de poder ser alienada pelo donatário em prejuízo do direito do autor, em virtude da proibição de alienação da coisa litigiosa. O art. 958 do Código de Napoleão, ao disciplinar a revogação da doação por ingratidão, consagrava esta doutrina com as devidas adaptações, mas introduziu-lhe uma modificação por forma a coordená-la com o sistema de publicidade. Em face de subadquirentes do donatário o momento relevante deixou de ser aquele em que era proposta a acção, passando a ser aquele em que esta se tornava pública pelo Registo. Até ao momento em que se fazia constar do Registo a acção, todos os actos praticados pelo donatário eram-no válida e eficazmente e, consequentemente, os subadquirentes não eram prejudicados pela revogação. Ao invés, eram prejudicados os subadquirentes do donatário que adquirissem direitos após o registo da acção de revogação.

Como resulta do afirmado no início desta nota, o sistema do Código de Napoleão era notoriamente insuficiente e a doutrina não tardou a denunciar os graves inconvenientes do sistema, tendo-se formado rapidamente um grande movimento de opinião a favor do retorno aos princípios da *Loi 11 brumaire*.

No entanto, não se desconhecera que a publicidade, mesmo organizada com base em tais princípios, havia deixado em aberto um dos problemas mais delicados: aquele

francês, mas também do consagrado pela legislação prussiana e pela legislação

que derivava da desprotecção de um “adquirente” em face da nulidade, da rescisão, da resolução etc. do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa*, em virtude do princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. E, por isso, foi sugerido que, neste aspecto, se reforçasse, na medida do possível, a eficácia da *Loi de brumaire*.

Tentando dar satisfação às exigências colocadas, em 1850, foi depositado na assembleia legislativa o texto de um projecto de lei sobre a reforma hipotecária.

Este diploma propunha, por um lado, que fosse restituída à transcrição o papel de condição necessária de oponibilidade em face de “terceiros”.

Por outro lado, propunha o registo das sentenças que pronunciassem a nulidade, a resolução e a rescisão de um acto translativo, apesar de reafirmar a eficácia retroactiva real de tais “eventos” mesmo na ausência do registo das correspondentes sentenças e, conseqüentemente, o princípio *nemo plus iuris*. Assumindo, portanto, o referido registo, apenas, uma função de publicidade notícia.

Por fim, defendia ainda uma solução idêntica à do art. 958 do Código Civil, para as outras causas de revogação das doações e para a resolução fundada em incumprimento de obrigações contratuais, restringindo assim a sua eficácia retroactiva, em face de actos de alienação ou oneração praticados pelo réu antes das respectivas acções se tornarem públicas através do registo.

Esta última proposta gerou polémica. De facto, como se poderia compaginar o princípio *nemo plus iuris* e o princípio *resoluto iuris dantum* com a supressão da plena eficácia retroactiva reconhecida, até então, quer à revogação da doação (excepção feita à fundada em ingratidão) quer à resolução legal fundada em incumprimento? A proposta não foi aceite uma vez que não era conforme ao sistema do *Code* e, também, porque se considerou que não se devia reconhecer à transcrição tamanha força ou valor.

Acresce que mesmo a lei de 1855 não previu o registo de qualquer acção – assim, apenas continuou sujeita a registo a acção tendente à revogação da doação por ingratidão do donatário nos termos do art. 958 do Código Civil –, mas, apenas, a menção à margem da transcrição de qualquer sentença que houvesse pronunciado a resolução, a nulidade ou a rescisão de um acto translativo (art. 4.º).

No entanto, reconhecendo-se que, segundo os princípios de direito substantivo, a nulidade, resolução ou revogação dos actos eram dotadas de eficácia real *ex tunc* – ao contrário do que ocorria com a revogação da doação por ingratidão –, é claro que a ausência de tal menção não conduzia à inoponibilidade.

O sistema continuou, portanto, sem assegurar, ao adquirente de um imóvel, a propriedade do vendedor ou onerante; de facto, o adquirente continuou sujeito ao risco de não ser considerado titular do direito, não obstante obter a transcrição. Assim, o legislador francês, propositadamente, não consagrou o princípio da fé pública registal, uma vez que não pretendeu introduzir excepções aos princípios tradicionais de direito substantivo – *nemo dat quod non habet; quod nullum est nullum producit effectum; resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*.

austríaca. Sistema esse que foi construído sob a égide do princípio segundo o

Por seu turno, a lei hipotecária belga de 16.12.1851 (depois de modificada pela lei de 10.10.1913) estabeleceu – e estabelece – no seu art. 3.º, 1, que nenhuma acção dirigida à pronúncia da resolução, anulação ou revogação de direitos resultantes de actos sujeitos a transcrição será admitida pelos Tribunais senão depois de ter sido registada. Vejamos como se chegou à redacção deste artigo, de data anterior ao correspondente artigo francês.

O ponto de partida foi obviamente a polémica desenvolvida, anteriormente, em França. Como referimos, no âmbito da discussão, havia sido evidenciado que, segundo os princípios de direito substantivo, a anulação ou revogação dos actos produzem, em regra, um efeito retroactivo absoluto que não podia ser posto em causa pela ausência do registo da respectiva acção.

A necessidade de dar publicidade, através do registo, foi restringida, pela Comissão governativa e pela Comissão da Câmara de Representantes belga, às acções que visassem a revogação não oponível, em virtude da causa, às alienações anteriores à propositura da acção, ou seja às acções que sendo julgadas procedentes conduzissem à revogação destituída de eficácia retroactiva real. Não obstante, este projecto foi modificado, argumentando-se que, mesmo nas hipóteses em que os subadquirentes do réu não pudessem deixar de ser afectados pela anulação ou revogação do facto jurídico do seu *dante causa*, a inscrição das respectivas acções poderia ser de grande utilidade, uma vez que poderia alertar os “terceiros” para que não participassem em novos actos dos quais poderiam ser vítimas. Foram, por isso, sujeitas a igual publicidade todas as referidas acções.

O problema consistiu, conseqüentemente, em determinar a função do registo da acção na hipótese em que à anulação ou à revogação fosse reconhecida ou não eficácia retroactiva real.

Quanto à primeira hipótese que, no direito belga, constituía e constitui a regra geral, a lei belga no art. 3.º veio estabelecer “Aucune demande tendante à faire prononcer l’annulation ou la révocation de droits résultant d’actes à la transcription ne sera reçue dans les tribunaux qu’après avoir été inscrite en marge de la transcription prescrite par l’article premier”.

No entanto, como resulta do exposto, tal preceito não visou suprimir ou limitar a eficácia retroactiva da anulação ou da revogação em face de subadquirentes do réu. A ausência de registo não podia suprimir ou limitar tal eficácia e, conseqüentemente, os subadquirentes tinham sempre de ser prejudicados por ela. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência belga interpretaram extensivamente o supra referido art. 3.º à acção de resolução, nulidade etc.

A função reconhecida ao registo destas acções foi o de mera publicidade-notícia: visa, apenas, prevenir quem pretenda adquirir na pendência da acção.

A realização de tal função foi garantida ao impor-se como regra que sem registo a acção não podia, nem pode, ser recebida.

No que se refere à segunda hipótese – excepcional – na qual a anulação ou a revogação são destituídas de eficácia retroactiva real, foi assumido o arquétipo do art. 958 do Código de Napoleão e ampliada a sua esfera de aplicação, estabelecendo-se, no art.

qual o não inscrito não prejudica o terceiro, uma vez que este não teve oportunidade de conhecê-lo.

A regra inicial de protecção ao terceiro, retirada do projecto do Código Civil de 1851 (arts. 1.858 e 1.859), foi consagrada no art. 23, nos termos do qual os títulos mencionados nos arts. 2.º e 5.º da lei que não fossem inscritos no Registo não podiam prejudicar terceiros.

A regra parece assim, quando analisada isoladamente, tipicamente latina, ou seja, idêntica às que vigoravam em França e na Bélgica. Mas, a protecção concedida aos terceiros, nos sistemas de transcrição, limitava-se ao conflito entre vários adquirentes de um mesmo titular, visando o regime legal sancionar a negligência daquele que não inscrevesse. Já a lei hipotecária espanhola foi mais longe, uma vez que pretendeu proteger a aquisição do terceiro, mesmo que o título aquisitivo do seu causante se visse desprovido de eficácia ou fosse inválido. De facto, os autores do projecto pretenderam tutelar o terceiro de forma mais ampla do que a típica dos sistemas de transcrição; por isso, estenderam o princípio de que o não inscrito não podia prejudicar o terceiro adquirente, para além dos actos não registados, à *cessação da eficácia do facto jurídico aquisitivo do seu dante causa, sempre que as respectivas causas não tivessem sido publicitadas pelo registo e, ainda, à invalidade do facto jurídico aquisitivo do seu dante causa, sempre que a correspondente acção se fundasse em título anterior não inscrito*.¹³

4.º, “Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges réelles imposées antérieurement à l’inscription requise par l’art. 3, dans le cas où, ni la revocation ni l’annulation ne sont de nature à préjudicier a de semblables droits consentis avant l’action.

Si la demande n’a pas été inscrite, le jugement de révocation ou d’annulation n’aura d’effet, vis-à-vis du tiers, qu’à dater du jour où il aura été inscrit”.

A anulação ou a revogação produzia (e produz), assim, efeitos no confronto dos “terceiros” mas, apenas, a partir do momento em que a demanda se tenha tornado pública mediante o registo e não a partir da data da propositura da acção (*exploit introductif d’instance*). E, consequentemente, só os actos de alienação ou oneração posteriores ao registo da acção são afectados pela anulação ou revogação.

Em resumo, o efeito geral derivado da omissão do registo, em ambos os tipos de acção, é, de acordo com o art. 3.º, *irrecevabilité*. Mas, quanto às acções que uma vez julgadas procedentes conduzem à anulação ou à revogação destituída de eficácia retroactiva real, soma-se um novo efeito: no confronto de “terceiros” a anulação ou a revogação não produz efeitos desde a data da propositura da acção mas sim desde a data do seu registo.

13. Cfr. *Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución cit.*, p. CXLVII e CXLVIII).

Visando esse objectivo, e em obediência ao princípio, já referido, segundo o qual *o não inscrito não prejudica o terceiro que não teve oportunidade de conhecê-lo*, a par do art. 23, surgiu uma formulação normativa abundante, detalhada, fragmentária, repetitiva e de cariz negativo (justificada pela novidade do sistema, pela ausência de um Código Civil, pela diversidade do direito substantivo vigente nas diversas províncias do território etc.) que pretendeu afastar quaisquer dúvidas quanto à dimensão do distanciamento em face do direito anterior e que persistiu até à lei actual.

Assim, nos arts. 36 a 38 previram-se hipóteses de revogação, de resolução e de rescisão, afirmando-se que as respectivas acções não prejudicariam os terceiros que tivessem obtido o registo dos títulos dos respectivos direitos, sempre que se fundassem em causas não reflectidas pelo Registo, quer as mesmas fossem convencionadas pelas partes, quer se fundassem em previsão legal. Nomeadamente: a revogação das doações nas hipóteses previstas por lei (ou seja, por ingratidão e por superveniência de filhos);¹⁴ a rescisão por falta de pagamento de todo ou parte do preço;¹⁵

14. A lei hipotecária acautelou a posição dos terceiros adquirentes perante a revogação da doação, quer por ingratidão, quer por superveniência de filhos, sempre que a respectiva causa não fosse publicitada pelo Registo; isto não obstante o projecto de Código Civil de 1851 apenas acautelar os interesses de terceiros na hipótese de revogação da doação por ingratidão, quando a aquisição ocorresse antes do registo da acção de revogação.

No entanto, os redactores da lei, tendo presentes os interesses do doador, na exposição de motivos da lei, afirmaram que o doador, que pretendesse assegurar-se da eficácia da eventual revogação em face de terceiros, poderia declarar no contrato de doação que esta era susceptível de ser revogada por ingratidão ou por superveniência de filhos tal como se a lei não previsse tais causas e, nesse caso, o registo da doação publicitaria as respectivas causas de revogação e estas seriam oponíveis aos terceiros subadquirentes do donatário (Cfr. *Exposición de la comisión de códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, Ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución* cit., p. XXXIII a XXXV).

Como é evidente, quando tais causas de revogação não constassem do contrato de doação só poderiam ser publicitadas pelo registo se, após a propositura da correspondente acção, fosse admitida a anotação preventiva de demanda. No entanto, como já referimos, o art. 42. 1.º, da lei hipotecária apenas previa a anotação preventiva de demanda quando em causa estivessem acções reais e o Código Civil apenas veio a prever o registo da acção de revogação da doação por ingratidão.

15. “Sempre que na escritura de venda não conste que o preço está por satisfazer total ou parcialmente, dá-se a presunção legal de que foi integralmente satisfeito. O terceiro, que compra ou adquire um direito real sobre a coisa assim vendida, se depois for privado dele, é realmente prejudicado por um facto alheio, imputável ao vendedor e

a rescisão por lesão enorme ou enormíssima; a restituição *in integrum*¹⁶ etc.¹⁷

Estes preceitos foram formulados como se fossem uma ampliação do art. 23: o adquirente, ao inscrever, ficava fora do alcance daqueles que se viessem a opor ao seu *dante causa*, com base em eventos ou causas não reveladas pelo Registo, ou mais rigorosamente, o adquirente e titular registal não veria o seu facto aquisitivo decair em virtude da eficácia retroactiva que o direito civil reconhecesse à resolução, rescisão ou revogação do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa*, sempre que estas se fundassem em causas não reveladas pelo Registo. E isto, independentemente do facto de o terceiro ter adquirido de um titular registal.

Por outro lado, depois de ter introduzido o art. 33, esclarecendo que a inscrição não convalidava os actos “nulos”¹⁸ – deixando, assim, claro que nada impedia a reacção contra a inexacta aparência criada pelo Registo de um facto inexistente ou nulo e que, conseqüentemente, um título não inscrito podia fundamentar uma acção de reivindicação, de nulidade etc. –, a comissão, redigindo o art. 34, estatuiu que a “anulação” de um direito, fundada num título não inscrito, não determinava a invalidade da aquisição de um terceiro.¹⁹⁻²⁰

ao comprador, sobretudo ao primeiro, cujo interesse está em fazer constar a falta de pagamento na escritura e no registo. Mais justo é, pois, que o prejuízo recaia sobre quem deu lugar a ele, do que sobre quem, não podendo prevê-lo nem evitá-lo, não deve ser burlado pela sua boa fé.” (Tradução nossa. Cfr. *Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución* cit., p. XXXVII).

16. Na exposição de motivos, a comissão redactora da lei hipotecária manifestou, claramente, o seu repúdio pela rescisão por lesão enorme ou enormíssima e pelo benefício da restituição *in integrum* (Cfr. *Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución* cit., p. XXXVII a XL).
17. Refira-se que a acção rescisória de alienações feitas em fraude dos credores, quando proposta antes de decorrido um ano sobre a data da alienação fraudulenta só não prejudicaria o terceiro, subadquirente mediato do devedor, se ele houvesse adquirido a título oneroso, tivesse obtido a inscrição do seu direito e não houvesse participado da fraude (cfr. art. 37, 2.º).
18. Não obstante a letra da lei se referir apenas à nulidade, é evidente que a inscrição também não convalidava, nem convalida, os actos ou contratos anuláveis nem os que nunca ocorreram.
19. Os autores da lei aperceberam-se de que a aplicação literal do princípio segundo o qual o não inscrito não prejudicava o titular registal inscrito, destituiria de efeitos as acções de invalidade e as acções de reivindicação fundadas em direitos ou títulos “não

Assim, em virtude do art. 34, a invalidade de um facto jurídico aquisitivo publicitado pelo Registo, fundada num título não inscrito, não determinava a invalidade consequential da aquisição de um terceiro.

Por fim, a consideração segundo a qual o terceiro, que contratava em virtude do manifestado pelo Registo, não deveria ver a sua confiança defraudada, levou o legislador, por um lado, no art. 31, a afirmar a irrelevância, para esse terceiro, da nulidade de um assento anterior ao seu, resultante de defeitos de forma – em causa estava a nulidade da inscrição em si mesma, já não a invalidade do título. Por outro lado, a estatuir, nos arts. 97 e 99, que o cancelamento das inscrições ou anotações preventivas produziria todos os seus efeitos, não obstante padecer de nulidade não revelada pelo próprio Registo, em relação aos terceiros que, com base nela, tivessem adquirido e inscrito algum direito.²¹

inscritos” e que, conseqüentemente, a inscrição daquele que havia intervindo no acto originariamente inválido não poderia ser atacada em virtude de títulos anteriores não inscritos. Sendo esta consequência inaceitável, num sistema no qual o registo não era condição suficiente para que ocorresse a mutação da situação jurídico-real existente, tornou-se necessário esclarecer que as referidas acções não se detinham frente ao Registo, podendo ser propostas e julgadas procedentes contra aquele que houvesse intervindo no acto originariamente inválido. Mas, em defesa dos interesses dos terceiros, redigiu-se o art. 34.

20. A redacção originária do art. 34 é a que de seguida se transcreve.

“Não obstante o estatuído no artigo anterior, quando o titular segundo o Registo outorgue actos ou contratos a favor de um terceiro que inscreva, tais actos não se invalidarão mesmo que depois se anule ou resolva o direito do outorgante em virtude de um título anterior não inscrito ou de causas que não constem claramente do Registo. Somente em virtude de um título inscrito se poderá invalidar, em prejuízo de terceiro, outro título posterior também inscrito” (trad. nossa).

Como resulta do segundo parágrafo do preceito transcrito, a protecção concedida pelo preceito legal aos terceiros perante a invalidade do título do seu causante cessava, inexoravelmente, quando a acção se fundasse em título que constasse do Registo, porque então era título inscrito, e, portanto, podia prejudicar os terceiros, não obstante estes não terem sido alertados para as eventuais causas de invalidade do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa*.

Refira-se, por fim, que apesar da letra da lei apenas se referir à anulação do facto jurídico aquisitivo do *dante causa* do terceiro, tendo em conta os trabalhos preparatórios e o facto de o art. 34 ter sido redigido como uma excepção ao art. 33, a jurisprudência e a doutrina sempre consideraram que o art. 34 da lei hipotecária de 1861 se applicava, também, às hipóteses em que o referido facto jurídico fosse nulo ou nunca tivesse ocorrido.

21. Assim, podia declarar-se nulo um cancelamento que tivesse sido realizado por erro ou fraude e, ainda, caso fosse declarado falso, nulo ou fosse anulado o título em virtude do qual se tinha efectuado, sem que a nulidade do cancelamento pudesse

Como resulta do exposto, a norma segundo a qual os actos registáveis e não registados não prejudicavam o terceiro, estabelecida no art. 23 da primeira lei hipotecária, foi redigida, evidentemente, no tom negativo dos sistemas de transcrição da época e o mesmo há que afirmar do art. 34 e dos restantes artigos concordantes que não encontravam paralelo nos referidos sistemas de transcrição ou de “mera inoponibilidade”.

Acresce que nenhum dos artigos referidos exigia, como requisito para que o terceiro fosse tutelado, que a aquisição tivesse ocorrido a título oneroso ou de boa fé. No entanto, a maioria da doutrina espanhola sempre entendeu que da exposição de motivos da lei decorria que a boa fé era requisito ou pressuposto da tutela a conceder ao terceiro.²²

Apesar do referido tom negativo, as normas quando analisadas em conjunto, porque restringiam o âmbito de aplicação do princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* e do princípio *resoluto iuris dantum resolutio ius accipiens*, eram muito ambiciosas para a época, sobretudo a expressa no art. 34 – que limitava a eficácia retroactiva real da invalidade do “título aquisitivo” do *dante causa* do terceiro, sempre que a invalidade se fundasse num título não inscrito. Por isso, o Real Decreto de 09.07.1862 deixou em suspenso este artigo durante um ano.²³ Prazo que foi objecto de sucessivas prorrogações até se chegar a 01.01.1875²⁴ – altura em que o art. 34 já tinha uma nova redacção: a que resultou da reforma de 1869.

prejudicar terceiros, uma vez que tal assento nulo produziria todos os seus efeitos em relação aos terceiros que tivessem adquirido direitos confiando na sua valia.

Como é evidente, tal era consonante com o princípio segundo o qual o *não inscrito não prejudica o terceiro, uma vez que este não teve oportunidade de conhecê-lo*. No entanto, obviamente, só era compatível com a regra que, *a contrario*, resultava do art. 34 – *a acção de invalidade fundada num título registado prejudica os terceiros* –, quando a invalidade do cancelamento não derivasse de um título anteriormente registado.

22. Neste sentido, vide, por todos, AMORÓS GUARDIOLA, La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios, loc. cit., p. 1562 e ss.
23. Passando, assim, a constar do art. 34 um terceiro parágrafo que dispunha: “Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título.”
24. Tendo em conta que os factos jurídicos, ocorridos antes da entrada em vigor da lei hipotecária, que passaram a estar sujeitos a registo, preservaram a sua eficácia, independentemente da publicidade registal, até haver decorrido o prazo previsto na lei

A reforma de 1869²⁵ alterou fortemente o art. 34,²⁶ uma vez que o legislador, apesar de continuar a estatuir, no n. 2, que, apenas em virtude de um título inscrito se poderia invalidar, *com prejuízo para um terceiro*, outro título posterior também inscrito, veio estabelecer um sistema de notificações aos titulares inscritos nos vinte anos anteriores. Desta forma, visou-se proteger de modo mais firme os terceiros, uma vez que o sistema de notificações limitava, temporariamente, a possibilidade de reacção, do verdadeiro titular do direito e anterior titular registal, a um período de 30 dias.²⁷⁻²⁸⁻²⁹

No entanto, segundo o art. 34, tais notificações apenas ocorriam a pedido do novo titular registal e, na prática, nunca foram feitas.³⁰

– que foi sendo sucessivamente prorrogado – como é evidente, quanto a tais factos, o art. 34 sempre seria insusceptível de ser aplicado, independentemente do estatuído no Real Decreto de 9 de julho de 1862.

25. Em 1864, 1866 e 1868 tentou-se sem êxito a modificação da lei de 1861. Ditaram-se disposições que de certa maneira implicavam alguma alteração da mesma, mas ela manteve-se – embora com a vigência do art. 34 suspensa – até à reforma hipotecária de 1869.
26. Cfr. *Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada, reglamento general para su ejecución* cit., p. CXLVIII.
27. O art. 34 dispunha, na sua nova redacção, o seguinte:
“No obstante lo declarado en el artículo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro o si la inscripción hecha se hubiere notificado o hecho saber a las personas que en veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días.” (o destaque é nosso).
28. De acordo com a lei, caso não ocorresse a notificação, o titular registal só via a sua posição jurídica prevalecer se a acção não fosse proposta dentro do prazo previsto na lei (quando, claro está, estivesse limitada no tempo a propositura da acção).
29. Refira-se, ainda, que a lei de 21 de dezembro de 1869 estendeu o sistema de notificações aos casos de nulidade de assentos de cancelamento – por exemplo, assentos realizados em virtude de um título falso, nulo, anulado etc., ou realizado por causa de erro ou fraude. Deste modo, harmonizou-se o estatuído nos arts. 97 e 99 com o prescrito no art. 34.
30. Vide GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1993, t. II, p. 246.

Naturalmente, o novo titular registal, ao preferir que os anteriores não fossem notificados, não limitava temporalmente a possibilidade de reacção por parte do verdadeiro titular do direito que previamente houvesse constado como titular registal. Acresce que, na ausência das notificações, ao contrário do estatuído na Áustria, sendo julgada procedente a acção em virtude de um título anterior inscrito, os terceiros adquirentes veriam o seu “direito” decair, independentemente do facto de já constarem como titulares registais há um considerável período de tempo, desde que ainda não pudessem usucapir.³¹

31. Segundo o § 61, I da GBG austríaca – que permanece em vigor – quem for lesado no seu direito por uma entabulação ou extabulação pode impugná-la contenciosamente invocando a sua invalidade (em virtude de um “vício originário” do título) com vista a obter o seu cancelamento.

A sentença que julgue procedente a acção de cancelamento, proposta contra o titular da entabulação impugnada, produz efeitos *contra os* “terceiros” cujo direito tenha sido inscrito após a anotação da acção judicial, uma vez que aqueles não são tutelados pelo princípio da fé pública registal: o referido assento registal provisório de conteúdo negativo, ao advertir os potenciais adquirentes, exclui a boa fé e, conseqüentemente, o funcionamento do princípio.

Contra o terceiro cujo direito tenha sido inscrito antes da anotação da acção judicial, tem de distinguir-se consoante tenha adquirido de má fé ou, ao invés, de boa fé.

Contra o “terceiro” adquirente de má fé (aquele que conheceu o vício do título do seu dante causa ou o desconheceu culposamente) cujo direito tenha sido inscrito antes da anotação da acção, tal como contra o adquirente imediato, a acção de cancelamento da entabulação pode ser julgada procedente desde que seja intentada por quem veja o seu direito tabular lesado pela entabulação impugnada, enquanto não decorrer o prazo prescricional, previsto na lei civil, próprio da impugnação negocial com a qual é conexas (§ 62 da GBG), – caso exista prazo prescricional, claro está.

Contra o terceiro de boa fé (que adquiriu confiando na validade da inscrição feita a favor do seu dante causa) e obteve a inscrição do seu direito antes da anotação da acção judicial, a acção de cancelamento está sujeita a um breve termo de decadência, no caso (normal) em que o decreto de concessão da entabulação impugnada tenha sido devidamente notificado ao interessado (§ 63 da GBG); ao invés, quando a notificação não tenha ocorrido validamente, está sujeita a um termo de três anos (§ 64 da GBG). Mas, vejamos com mais pormenor.

Na primeira hipótese, o autor que foi notificado validamente da inscrição deve intentar a acção de cancelamento e solicitar a sua anotação no prazo máximo de 60 dias (§ 123 da GBG), e, simultaneamente ou antes de decorrido um novo período de sessenta dias, solicitar o cancelamento dos direitos adquiridos por terceiros com base na inscrição impugnada (§ 63 da GBG).

Desta forma, o cancelamento da inscrição conduzirá à invalidação de todos os direitos adquiridos por “terceiros” de boa fé.

Por fim, esta reforma acrescentou um segundo parágrafo ao art. 23, nos termos do qual o terceiro que adquirisse confiando nas inscrições de bens adquiridos a título de herança ou de legado só beneficiaria de tutela, em face do verdadeiro titular do direito (e, naturalmente, não titular registal), decorridos cinco anos sobre a data do registo lavrado a favor do seu *dante causa*.

Posteriormente, a lei hipotecária de 1877 veio limitar a protecção concedida pelo art. 34 aos terceiros adquirentes a título oneroso. E, nessa altura, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal já defendiam unanimemente a verificação de outro requisito: a boa fé do terceiro.

Os autores do Código Civil de 1889 mantiveram, praticamente, na íntegra a lei hipotecária de 1877. De facto, apesar de não a terem integrado no corpo normativo do Código, através do art. 608 dispuseram que os preceitos da referida lei continuariam em vigor, salvo nos casos em que tivessem sido derogados.

A lei hipotecária de 16.12.1909 introduziu relevantes alterações no que diz respeito aos efeitos do registo, nomeadamente:

- estabeleceu a presunção de que o titular registal era possuidor do direito em cujos termos possuía (cfr. art. 41);
- proibiu a inscrição de títulos de transmissão ou oneração do domínio, ou da posse, sempre que o transmitente não houvesse obtido a seu favor a inscrição ou a anotação prévia do domínio ou da posse (art. 20);
- impôs a formulação do pedido de nulidade ou de cancelamento do assento registal nas acções em que se impugnasse um direito publicitado (cfr. art. 24);
- reduziu para dois anos o período de suspensão da tutela concedida a terceiros que houvessem adquirido confiando nas inscrições de aquisição a título de herança ou de legado, lavradas a favor dos respectivos causantes (cfr. art. 23);

Se, ao invés, o autor notificado não reagir nos termos previstos na lei e dentro dos prazos por ela impostos, não serão prejudicados os direitos adquiridos por terceiros de boa fé antes da anotação da acção (§ 63, II, *GBG*).

Na segunda hipótese, aquela em que o interessado não foi notificado validamente da entabulação, a sentença que julgue procedente a acção apenas produz efeitos retroactivos em face de “terceiros” de boa fé – *que tenham adquirido confiando na validade da inscrição feita a favor do seu dante causa e obtido a inscrição do seu direito antes da anotação da acção judicial* – se a acção tiver sido proposta nos três anos posteriores à data da inscrição do direito do próprio terceiro (§ 64 da *GBG*), pois este, decorridos os três anos, passa a beneficiar de uma inscrição inatacável que faz prova plena do direito real (§ 64 da *GBG*).

• acrescentou um parágrafo ao art. 34, referente às inscrições de bens adquiridos ao Estado, que estipulou: “transcurrido el plazo de quince anos desde su fecha, las inscripciones de bienes comprados al Estado, sean anteriores o posteriores a esta Ley, no podrán ser anuladas por exceso de cabida ni por otras causas que no consten en el Registro”.

O Supremo Tribunal continuou a exigir de forma reiterada o requisito da boa fé.

A lei hipotecária manteve-se em vigor até dezembro de 1944, altura em que foi aprovada a Lei de Reforma Hipotecária – substituída pela lei hipotecária de 08.02.1946 e respectivo regulamento de 14.02.1947, ainda hoje em vigor³² – que consolidou o princípio da legitimação registal e consagrou o princípio da fé pública registal,³³ nos termos que posteriormente analisaremos.

Não podemos terminar esta breve resenha da evolução histórica do sistema registal espanhol sem salientarmos três aspectos que resultam do anteriormente exposto.

Primeiro, não obstante a lei hipotecária de 1861, até 1875 quem obtinha o registo do correspondente facto aquisitivo não podia estar seguro de que não lhe viriam a ser opostas quaisquer alienações ou onerações anteriores à entrada em vigor da lei, praticadas pelo mesmo *dante causa*, e não inscritas.

De facto, na hipótese de dupla disposição sucessiva do mesmo bem, pelo mesmo autor ou causante, o primeiro adquirente, desde que houvesse adquirido em data anterior à entrada em vigor da lei hipotecária e obtivesse o registo

32. No entanto, o regulamento já foi alterado em diversas ocasiões, nomeadamente: em 17.03.1959, em 27.08.1977, em 12.11.1982 e em 04.09.1998. O mesmo ocorreu com a lei hipotecária, nomeadamente, através da Ley de Enjuiciamiento Civil, de 07.01.2000 e da Lei 41/2007, de 7 de dezembro.

33. Na parte expositiva da lei de reforma hipotecária de 1944 pode ler-se que a mesma pretendia “a desejada normalização do (nosso) confuso sistema imobiliário”, bem como, “dotá-lo do rigor que demanda a sua débil regulamentação”. Uma vez que: “apesar do formidável avanço que significou a lei hipotecária de 1861, não atingiu, no entanto, todos os resultados que com a sua regulação da matéria imobiliária registal se pretendeu atingir em ordem a garantir a propriedade imóvel e a assentar sobre sólidas bases o crédito territorial” (tradução nossa).

Para conseguir imprimir vigor ao sistema imobiliário registal, a lei hipotecária, ainda em vigor, esforçou-se por fortalecer os princípios hipotecários, nomeadamente, substituindo o princípio da tutela dos terceiros adquirentes a título oneroso e de boa fé, em face do verdadeiro proprietário que não houvesse constado como titular registal, pelo princípio da fé pública registal.

do correspondente facto aquisitivo, veria prevalecer o seu direito, em face do segundo adquirente que primeiro houvesse obtido o registo. Uma vez que só em 1875 terminou o período transitório durante o qual o legislador espanhol admitiu que direitos adquiridos antes da entrada em vigor da lei hipotecária pudessem aceder ao Registo e prevalecer perante direitos incompatíveis registados com prioridade, mas adquiridos posteriormente.³⁴

Segundo, até 1875, ninguém podia estar seguro de que o acto ou contrato no qual fosse interveniente não viria a ser invalidado em virtude do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa* ser inválido ou nunca ter ocorrido. De facto, até 1875, o verdadeiro proprietário, independentemente do facto de ter obtido o registo do respectivo facto aquisitivo, perante um título falso ou inválido que acesse ao Registo, podia intentar a correspondente acção judicial – dentro dos prazos previstos pela lei civil –, conseqüentemente, eliminar o correspondente registo inexacto³⁵ e opor o seu direito a um “terceiro” que nele houvesse confiado, “adquirido” direitos susceptíveis de serem registados e obtido o registo a seu favor.³⁶ Isto porque, como referimos, o Real Decreto de 09.07.1862 deixou em suspenso o art. 34 da lei hipotecária durante um ano, prazo esse que foi objecto de sucessivas prorrogações até se chegar a 01.01.1875.

Terceiro, até 1944, em Espanha, só se pretendeu a consagração do *princípio de que o não inscrito não prejudicava terceiros*, quer estes tivessem “adquirido” de um *ex dominus* quer de um *non dominus*, não a adopção do princípio da fé pública registal. Efectivamente, tal é o que resulta do exposto, sobre a evolução legislativa em Espanha.

Mas, concretizemos o afirmado, quanto à ausência da consagração do princípio da fé pública registal até à actual lei hipotecária, dando conta da situação

34. Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 139.

35. Registo este que, até àquela data, não gerava qualquer presunção quanto à existência e à titularidade do direito.

36. Recordamos que a solução para o conflito entre o verdadeiro proprietário e o “terceiro” não se alterava quando a acção proposta fosse uma acção real e o autor não obtivesse a anotação preventiva da demanda, uma vez que a ausência de tal assento registal provisório não concedia qualquer tutela substantiva aos “terceiros” adquirentes. De facto, quando a acção em causa fosse uma acção real e o autor obtivesse a anotação preventiva apenas passava a estar seguro que eventuais actos de alienação ou de oneração praticados pelo réu, na pendência da lide, não obstarão à exequibilidade da sentença que viesse a julgar procedente a acção, tal como se tais actos nunca tivessem ocorrido; conseqüentemente, quando não fosse obtida a referida anotação preventiva o verdadeiro proprietário, cujo direito não deixava de ser oponível a “terceiros”, após obter ganho de causa, apenas tinha de reagir perante os subadquirentes do réu através de nova acção.

em que se encontrava o verdadeiro titular do direito, entre 1875 (ano no qual acabou o período transitório) e 1944, em face de um título falso ou inválido que tivesse acedido ao Registo, consoante houvesse constado, ou não, como titular registal.

I – Na hipótese de o verdadeiro proprietário não ter obtido o registo do respectivo facto aquisitivo, nada o impedia de reagir contra o seu “subadquirente”, se o acto outorgado por ambos fosse inválido, bem como reagir perante quem tivesse obtido um título falso e o correspondente registo, mas, até 1877, os terceiros subadquirentes de titulares registais não eram prejudicados, pela sentença que julgasse procedente a acção, mesmo que tivessem adquirido a título gratuito.³⁷ Depois dessa data, passaram a ser tutelados apenas os terceiros, subadquirentes de titulares registais, que houvessem “adquirido” a título oneroso – de acordo com a letra da lei – e de boa fé – segundo opinião unânime da doutrina e da jurisprudência.^{38–39}

Nesta hipótese – a do verdadeiro proprietário não ter obtido o registo a seu favor – a tutela concedida ao terceiro subadquirente e titular registal, como referimos, só não era imediata caso o seu *dante causa* houvesse “adquirido” a título de herança ou de legado (cfr. § 2.º do art. 23 da lei de 1869, bem como da lei de 1909).

II – Na hipótese de o verdadeiro proprietário haver constado como titular registal,⁴⁰ na prática, a sua situação manteve-se idêntica à descrita para o período anterior a janeiro de 1875, uma vez que nunca foram feitas as notificações previstas na lei, em virtude da reforma de 1869 que alterou a redacção do art. 34, que restringiram o prazo de reacção a 30 dias.

Consequentemente, no país vizinho, o “terceiro”, subadquirente de um titular registal, quer estivesse de boa ou de má fé, quer tivesse adquirido a título oneroso ou gratuito, podia ver a sua posição prejudicada, em virtude da proce-

37. Lembramos que apesar de a letra da lei ser omissa, quer a doutrina quer a jurisprudência faziam depender a tutela do terceiro da sua boa fé à data da aquisição.

38. Ao verdadeiro proprietário que nunca tivesse constado como titular registal não bastava obter a anotação preventiva da demanda (caso esta fosse admitida), uma vez que, como afirmámos repetidamente, nos termos do art. 34, apenas com base num título inscrito poderia ser invalidado outro título inscrito com prejuízo para “terceiros”.

39. Porque assim era, como é evidente, o autor da acção que a intentasse também contra aquele que tivesse adquirido, de boa fé e a título oneroso, um direito do titular registal, nem por isso veria o seu direito prevalecer.

40. Independentemente do facto de ter obtido a anotação preventiva da demanda.

dência de uma acção que afectasse a posição jurídica do seu *dante causa*, durante o período imposto, pela lei civil, ao verdadeiro titular do direito para propor a acção, e a todo o tempo sempre que a propositura da acção não estivesse limitada no tempo – ou, com mais rigor, quanto a esta última hipótese, até que decorresse o tempo necessário para usucapir – desde que o verdadeiro proprietário tivesse, com prioridade, obtido o registo do correspondente facto aquisitivo.⁴¹⁻⁴²

Por fim, não podemos deixar de referir que a tutela concedida ao adquirente e titular registal perante as causas de revogação das doações, resolução por incumprimento ou rescisão do facto aquisitivo do seu *dante causa*, não reveladas pelo Registo, até 1944, não se traduziu numa expressão do princípio da fé pública registal mas, apenas e só, numa consequência do princípio segundo o qual *o não inscrito não prejudica terceiros*. O acabado de afirmar torna-se manifesto quando recordamos que a tutela concedida ao terceiro não estava dependente do facto de este ter adquirido de um titular registal;⁴³ ora, como é consabido, este é um requisito básico para que opere a fé pública registal, uma vez que um terceiro só é protegido pelo referido princípio porque a informação fornecida pelo Registo é havida, para si, como exacta e completa, sem admissão de prova em contrário.⁴⁴

41. Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, La reforma hipotecaria: su contenido y alcance, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 202, p. 82 e ss. e p. 179 e ss., 1945; PARDO NÚÑEZ, Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 614, p. 111 e ss., 1993; Pelayo Hore, La reforma hipotecaria – El artículo 34, *Revista de Derecho Privado*, n. 336, p. 146, 1945; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral*, t. II, p. 330 e ss.
42. Acresce que, tal como anteriormente, o autor da acção que obtivesse a anotação preventiva da demanda podia assegurar-se que os actos de alienação ou oneração praticados pelo réu na pendência da lide não obstariam à exequibilidade da sentença que julgasse procedente a lide, tal como se tais actos nunca tivessem ocorrido. Refira-se, ainda, que a partir de 1909, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer a possibilidade de serem anotadas preventivamente, para além das acções reais, as acções de nulidade, de anulação etc.
43. De facto, não obstante o terceiro só ser protegido quando tivesse obtido o registo do correspondente facto aquisitivo e este supor, em virtude do princípio do trato sucessivo, o registo prévio a favor do seu causante, a lei não excluía, por qualquer forma, a tutela de um terceiro se, após a sua aquisição, fosse lavrado o registo a favor do seu causante.
44. Saliente-se que o Código Civil espanhol não reconhece eficácia retroactiva real à revogação da doação por superveniência de filhos (cfr. art. 645), prescreve que a revogação da doação por ingratidão não afecta a valia e eficácia das alienações e hipotecas anteriores à anotação da demanda (cfr. art. 649) e limita a eficácia retro-

Portanto, repetimos, até 1944, não vigorou, em Espanha, o princípio da fé pública registal, tal como era concebido nas legislações “germânicas”.⁴⁵ Por isso, a legislação registal espanhola não permitiu que fossem atingidos os objectivos que estiveram na base da sua elaboração: 1.º – estimular o acesso ao registo dos títulos aquisitivos de direitos reais sobre imóveis; 2.º – gerar o desenvolvimento e a agilidade do crédito imobiliário; 3.º – combater a usura.⁴⁶

3. A FUNÇÃO DESEMPENHADA PELA PUBLICIDADE REGISTAL NA ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICO-REAL

O sistema espanhol é um sistema de título e modo no qual o modo é a *traditio*,⁴⁷ excepção feita à hipoteca, em relação à qual o registo assume o papel de modo (cfr. art. 1875 do Código Civil).⁴⁸

activa real da resolução por incumprimento e da rescisão, ao proteger os terceiros adquirentes de boa fé e a título oneroso (cfr. arts. 1124 e 1295; na verdade, apesar de a letra de a lei não impor o requisito da onerosidade, a doutrina e a jurisprudência sempre o exigiram, uma vez que os preceitos legais em apreço dizem respeito a contratos onerosos).

Assim, a partir da entrada em vigor do Código Civil (1889), a tutela concedida pela lei hipotecária aos terceiros adquirentes de boa fé e a título oneroso que obtenham o registo do respectivo facto aquisitivo, na hipótese de posterior revogação da doação, rescisão contratual ou resolução por incumprimento, não é mais ampla do que aquela que é concedida a um terceiro adquirente de um bem não sujeito a registo, não implicando, portanto, uma derrogação mais extensa ao princípio *resoluto iuris dantium resolutio ius accipiens*.

45. Por todos, vide: MÉNDEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 138-139; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral*, 8. ed. rev., ampl. e act., Bosch, 1995, t. II, p. 325; URIARTE BERASATEGUI, Revisión de ideas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 261, p. 231 e ss., 1950.

46. Vide IGNACIO DE CASSO ROMERO, *Derecho hipotecario o del registro de la propiedad*, 3. ed., Madrid: Imprenta de la Viuda de Galo Sáez, 1946, p. 67. Cfr., ainda, infra nota 545.

47. Cfr. ALBADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid: Edersa, 1987, t. VIII-1.ª, p. 202; Díez-PICAZO/ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 7. ed., Madrid: Tecnos, 2002, vol. III, p. 64; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 97 e ss.; MONSERRAT, ob. cit., p. 174 e ss.; NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., p. 217 e ss. e t. XXV, p. 137 e ss.; ROCA SASTRE/Roca-Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. I, p. 301; RODRÍGUEZ OTERO, ob. cit., p. 287 e ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Madrid: Montecorvo, 1973, p. 346.

48. A doutrina espanhola classifica o registo da hipoteca como constitutivo, considerando que em causa está um requisito de existência ou de validade do direito, por todos,

Por outro lado, no direito espanhol não se faz a diferenciação entre negócio obrigacional e negócio de disposição.⁴⁹ Assim, a modificação jurídico-real baseia-se no título causal que é, simultaneamente, obrigacional e dispositivo, muito embora não seja suficiente para produzir o efeito real e tenha de ser complementado pelo modo de adquirir; o título surge como causa da atribuição patrimonial; a *traditio* como o elemento que realiza, consuma ou executa, efectivamente, a referida atribuição.

Portanto, a aquisição de um direito real fundada em negócio jurídico depende, não apenas, da validade desse negócio obrigacional/dispositivo mas, ainda, da entrega da coisa (tradição) – enquanto comportamento atributivo/aquisitivo do direito real que envolve, naturalmente, um acordo de vontade das partes tendente à execução do negócio dispositivo –, quer em causa esteja um móvel, quer um imóvel (cfr. os arts. 606, 609 e 1.462 do Código Civil espanhol).

vide: GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* cit., Madrid: Civitas, 1988, t. I, p. 572-573; Júlia Solla Sastre, Fuerza codificadora y doctrina codificada en el artículo 1.875 del Código Civil : la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n. 676, p. 1115 e ss., 2003; LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Elementos de derecho civil, III-bis, Derecho inmobiliario registral*, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 99.

LERJO DE TEJADA, Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000, Mario E. Clemente Meoro (coord.), *Estudios de derecho inmobiliario registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 197 e ss., por seu turno, distingue negócio constitutivo de hipoteca da constituição, propriamente dita, do direito real de garantia e afirma que o facto de o registo ser constitutivo e de o direito real não nascer sem ele não obsta a que se possa afirmar que o contrato de hipoteca não registado é válido e oponível a terceiros que o conheçam. Em sentido contrário pronunciou-se o Supremo Tribunal através da sentença de 26 de janeiro de 2000, considerando que o negócio de hipoteca não registado assume a natureza de um acordo meramente obrigacional que não produz efeitos em face de terceiros, uma vez que o registo é, nesta hipótese, constitutivo.

Saliente-se, por fim, que Segundo Margarita Serna Vallejo, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1996, p. 451, o legislador do Código Civil, ao consagrar o carácter constitutivo do registo da hipoteca, alterando a lei hipotecária de 1861, limitou-se a retomar a tradição legislativa anteriormente existente.

49. Tal como ocorre nos territórios de Itália onde vigora o sistema tabular do *Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari* e ao contrário do que ocorre no sistema alemão, no sistema austríaco e no suíço.

No entanto, refira-se que, de acordo com o art. 1462 do Código Civil, a outorga da escritura, tendente à transmissão de um direito real sobre um bem sujeito a registo, equivale à entrega da coisa objecto do negócio jurídico, desde que da mesma escritura não resulte ou se possa deduzir claramente o contrário. Desta forma admite-se a *traditio* meramente instrumental.⁵⁰

Sendo este o sistema, é evidente que adopta o princípio da causalidade. A causa é essencial para a eficácia da mutação jurídico-real. Consequentemente se, por exemplo, a contrato for anulável em virtude de dolo, também o será a transmissão; por isso, o art. 33 da lei hipotecária, como já referimos, determina que “la inscripción non convalida los actos o contratos que sean nulos”.

A inscrição registal não assume, como resulta do exposto, normalmente, o papel de modo de aquisição do direito.⁵¹

Consequentemente, a *traditio* e a inscrição têm campos de aplicação distintos: a primeira destina-se a concluir o processo aquisitivo, traduz-se no modo de adquirir o domínio e é o acto de execução do prévio acordo de vontades das partes; a segunda, por seu turno, visa consolidar a mutação jurídico-real, já anteriormente ocorrida, à margem do Registo, dar-lhe publicidade – assumindo, assim, uma função declarativa – e constitui, ainda, um meio de prova e defesa do direito.

Mas, na hipótese de dupla alienação do mesmo imóvel, pelo mesmo autor ou causante, a diversas pessoas, o conflito resolve-se a favor daquele que tenha obtido o registo, não a favor do que primeiro celebrou o negócio jurídico-real,

50. A doutrina divide-se quanto à questão de saber se a tradição instrumental é ou não possível caso o tradens não seja o possuidor. Defendem resposta negativa – invocando que ninguém pode transmitir a posse que não tem – entre outros: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, Madrid: Reus, 1964, p. 243; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil español*, II, Madrid: Edersa, 1977, p. 145; HERMIDA LINARES, La tradición y la inscripción en el registro de la propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 457, p. 1401 e ss., 1966; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid: CSIC, 1972, p. 263; VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., p. 356. Ao invés, consideram que a tradição instrumental ocorre validamente mesmo que o tradens afinal não seja o possuidor, entre outros: LACRUZ BERDEJO, Inscripción y tradición, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 344, p. 1 e ss., 1957; LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 106 e ss.; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación, *Revista de Derecho Privado*, 1964, p. 285; MONSERRAT, ob. cit., p. 174 e ss.; NAVARRO, *La tradición instrumental*, Barcelona, 1997, p. 218.

51. A excepção mais importante é, sem dúvida, a que diz respeito à inscrição da hipoteca (art. 1.875 do Código Civil e arts. 146 e 159 da ley hipotecaria).

nem a favor daquele a quem primeiro foi feita a entrega (real ou instrumental) da coisa.⁵²

Assim, no sistema espanhol, em caso de venda de um bem sujeito a registo, pode ocorrer uma das situações que passamos a enunciar.⁵³

a) Se não ocorrer a *traditio* da coisa, nem for feita a respectiva inscrição, não ocorre a transferência da propriedade.

b) Se for feita a inscrição presume-se que o titular inscrito é o efectivo possuidor, por força do art. 38 da *ley hipotecaria*, considerando-se a propriedade transferida quer *inter partes*, quer em face de terceiros.

c) Se ocorrer a *traditio* mas não a inscrição, o direito de propriedade é adquirido mas não vê a sua oponibilidade consolidada em face de direitos incompatíveis que acedam ao Registo com prioridade.

4. EFEITOS DO REGISTO PARA O TITULAR REGISTRAL: O PRINCÍPIO DA LEGITIMAÇÃO REGISTRAL

Este princípio⁵⁴ encontra-se consagrado no art. 38, da actual lei hipotecária, e estatui as presunções *iuris tantum* de que todo o direito real inscrito existe, tal como consta do respectivo assento (v.g., extensão, limites, condições etc.) e de

52. O actual Código Civil espanhol, no art. 406, tal como o seu antecessor, no art. 1.473, § 2.º, estatui que em caso de dupla venda do mesmo imóvel “la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro”.

Não obstante o afirmado, como se referirá, a generalidade da doutrina espanhola considera insuficiente o registo prioritário e, por isso, só protege o titular registral caso o mesmo seja considerado um terceiro.

53. Cfr. *Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, ley hipotecaria reformada y reglamento general para su ejecución* cit., p. XVIII.

54. Por todos, vide: CHICO Y ORTIZ, ob. cit., p. 245 e ss.; CHINCHILLA RUEDA, Temas hipotecarios: la legitimación del derecho inscrito, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 346-347, p. 184 e ss., 1957; COBOS Y MANCHA, El principio registral de legitimación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 625, p. 2311 e ss., nov.-dez. 1994; LÓPEZ TORRES, Efectividad general de la inscripción, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 278-279, p. 497 e ss., 1951; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. I, p. 511 e ss.; TRIAY SANCHO, Los principios hipotecarios y la legislación registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 297, 298 e 299, p. 81 e ss., 161 e ss. e 2141 e ss., 1953, respectivamente; VILLARES PICÓ, La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 477, p. 390 e ss., 1970.

que pertence ao titular registal. Por conseguinte, o titular registal está legitimado para actuar no tráfico e no processo como titular do direito, bastando-lhe, para tal, apresentar o comprovativo do registo (cfr. art. 20.,1.º e art. 41 da lei hipotecária).

Acresce que os assentos do Registo estão sob a salvaguarda dos Tribunais e, assim, produzem todos os seus efeitos enquanto não for declarada a sua inexactidão (cfr. art. 1.º, § 3.º e art. 220 da lei hipotecária).⁵⁵

Recorda-se, ainda, que, o legislador determina, no art. 97, que o cancelamento de um assento gera a presunção da extinção do direito a que o referido assento se referia.

Por fim, o art. 38 estatui a presunção *iuris tantum* de que o titular registal exerce posse nos termos do direito inscrito, caso este direito seja susceptível de posse. Ou seja, não consagra, apenas, a presunção segundo a qual o titular do direito é aquele que figura no Registo como tal, consagra, também, a presunção de que este desfruta ou exerce o *ius possidendi* inerente ao mesmo. Acresce que, segundo o art. 35, para efeitos da usucapião a favor do titular inscrito – para além da inscrição ter o valor de justo título, presume-se que este possuiu de forma pública, pacífica, ininterruptamente e de boa fé durante o tempo de vigência do assento registal.⁵⁶⁻⁵⁷

55. Por outro lado, o legislador impõe àquele que impugna um facto publicitado a obrigação de solicitar a declaração de nulidade ou o cancelamento do respectivo registo, visando, desta forma, assegurar a conformidade entre a realidade tabular e a extratabular (cfr. art. 38.2.º, da lei hipotecária).

56. O Código Civil espanhol de 1889, ainda em vigor, contém um capítulo dedicado à prescrição aquisitiva (*prescripción adquisitiva* ou, tal como é denominada pela doutrina, *usucapión*) da propriedade e de outros direitos reais sobre as coisas, imóveis e móveis. A usucapião abreviada está ali prevista, sob a denominação de *prescripción ordinaria* (cfr. 1940 do Código Civil espanhol), de forma a indicar a normalidade da *facti-species* aquisitiva em causa, supondo uma posse de boa fé e com justo título, em confronto com a usucapião que supõe uma posse de mais longa duração (30 anos), a qual, na ausência de tais requisitos, assume relevo de *prescripción extraordinaria* (cfr. art. 1959 do Código Civil espanhol).

A usucapião ordinária, diferentemente da extraordinária, como acabamos de referir, requer como elemento vital, para além da boa fé, um justo título de aquisição (*iusta causa usucapionis*), ou seja, de acordo com o art. 1952 do Código Civil espanhol, um título que legalmente seja apto para a aquisição do domínio ou direito real, de tal forma que se o causante, efectivamente, fosse titular do direito real o adquirente tê-lo-ia adquirido – o que provoca a falta de eficácia translativa de tal justo título, e que a usucapião ordinária vem “suprir”, é a falta do direito na esfera jurídica do transmitente.

O justo título não tem de ser registado, e o tempo de posse relevante para a usucapião abreviada varia entre os 10 e os 20 anos, em função da presença ou ausência do proprietário em solo espanhol (cfr. art. 1957 e o art. 1958, n. 1, do Código Civil espanhol).

Mas no ordenamento jurídico espanhol há ainda que ter em conta a lei hipotecária quando se pensa nas relações entre a usucapião e o sistema registal.

A *prescripción adquisitiva* (ou *usucapión*) según el registro (*secundum tabulas*) encontra-se regulada no art. 35 da lei hipotecária, que dispõe:

“A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrompidamente e de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.”

Os requisitos para a aplicação do art. 35 da *ley hipotecaria* são os que de seguida se enunciam:

- devem confluir na mesma pessoa as qualidades de titular registal e de possuidor efectivo do imóvel ou direito real limitado;
- a inscrição correspondente há-de publicitar um direito real susceptível de posse, pois, caso contrário, obviamente, o direito não poderá ser usucapido;
- o titular registal há-de ser um possuidor *ad usucapionem*, que tendo adquirido *a non domino*, e não estando protegido pela fé pública registal tem de acudir à usucapião extraordinária ou à ordinária.

Como é evidente, para o adquirente *a non domino* que tenha sido protegido pela fé pública registal este art. 35 não oferece qualquer utilidade, pois será mantido na sua aquisição por força do art. 34 da lei hipotecária.

A vantagem conferida pela inscrição registal assume relevo sob um duplo aspecto:

a) por um lado, a inscrição é equiparada ao justo título. De facto, segundo a doutrina maioritária, que se baseia na letra do art. 35 da *ley hipotecaria*, a inscrição tem o valor de justo título, assim, a inscrição deve ser considerada por si só, independentemente do acto ou negócio a que se refere, como título hábil para a usucapião. A inscrição assume o lugar de título e, assim, introduz uma excepção à regra do Código Civil segundo a qual o justo título deve ser provado, nunca se presumindo (art. 1954).

É claro que uma vez admitida a total equiparação da inscrição ao título, ou reconhecida a presunção absoluta da existência de tal requisito, rigorosamente, não deve ser feita qualquer indagação em torno da existência, validade ou idoneidade do acto negocial enquanto justo título para efeitos da usucapião. Uma vez que esta prescinde do título subjacente à inscrição – a inscrição é, por si só, o sucedâneo do justo título, idóneo ou apto para este tipo de usucapião.

A inscrição, enquanto subsistir, faz as vezes de título, mas nada obsta a que o verdadeiro titular do direito intente uma acção de defesa do seu direito real – impugnando o direito registado e a publicidade desse mesmo direito (cfr. art. 38 da *ley hipotecaria*) – impedindo, assim, que a usucapião se consume.

b) por outro, gera a presunção da existência dos outros elementos que concorrem na formação da *facti-species aquisitiva*; ou seja, gera a presunção *iuris tantum* quanto ao

5. EFEITOS DO REGISTO PARA O TERCEIRO EM FACE DO FACTO REGISTRÁVEL: A INTEGRALIDADE E A EXACTIDÃO DO REGISTO

a) *A integralidade ou plenitude do registo* – Segundo o art. 32, “os títulos de domínio ou de outros direitos reais sobre bens imóveis, que não estejam devidamente inscritos ou anotados no Registo (...), não prejudicam um terceiro”.⁵⁸

O art. 32 limita a sua acção ao conflito entre um titular inscrito e outro não inscrito, baseia-se na criação de uma aparência negativa, e protege contra os

carácter público, pacífico e de boa fé da posse útil, bem como quanto ao exercício ininterrupto e em nome próprio (en concepto de dueño) da dita posse.

A *ratio* ou motivação finalística deste artigo é a de permitir que o titular registal, adquirente *a non domino*, que não esteja protegido pelo art. 34 da lei hipotecária – que consagra o princípio da fé pública registal –, consolide de forma mais célere a aquisição do direito através da usucapião ordinária ou abreviada quando de outro modo só deveria beneficiar da usucapião extraordinária (por falta de justo título), ou a de facilitar a usucapião ordinária no que diz respeito à prova das circunstâncias exigidas por esta.

Na medida em que o art. 35 da lei hipotecária apenas visa facilitar a conversão de uma usucapião extraordinária em ordinária ou facilitar a usucapião ordinária (equiparando a inscrição ao justo título e gerando a presunção *iuris tantum* das restantes circunstâncias requeridas pela lei para que ocorra a usucapião ordinária ou abreviada), obviamente que não altera os prazos impostos por lei para que se consuma a usucapião ordinária (10 anos entre presentes, vinte entre ausentes). No entanto, como é evidente, o tempo de posse exigido pelo Código Civil terá que corresponder ao tempo durante o qual tenha estado em vigor o assento de inscrição correspondente, isso mesmo resulta do art. 35 da lei hipotecária. Daí que se a usucapião originariamente ordinária já se consumou antes de estar completado este tempo de vigência do assento registal, o art. 35, em princípio, de nada servirá ao titular inscrito, a menos que seja impugnada a existência dos requisitos que o art. 35 presume *iuris tantum* como existentes, pois, nesse caso, sempre imporá a inversão do ónus da prova.

57. Vide, entre outros: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, La posesión y el registro de la propiedad, *Revista de Derecho Privado*, jun. 1978, p. 465; NÚÑEZ LAGOS, Dos acciones y un solo artículo (art. 35 LH), *Revista da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1951, II, p. 12; SANZ FERNÁNDEZ, El registro y la realidad jurídica, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIV, 1965, p. 397; ROCA TRIÁS, Las relaciones entre la posesión y el registro de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, p. 9; VALLET DE GOYTISOLO, La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, *Revista de Derecho Privado*, p. 941, 1947.

58. A redacção deste artigo coincide com a do art. 606 do Código Civil, segundo o qual “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero”.

ataques de estranhos ao Registo ou, por outras palavras, protege o terceiro face a factos jurídicos aquisitivos não inscritos.

No entanto, saliente-se que o legislador em determinadas situações exclui a inoponibilidade, fazendo prevalecer determinados direitos, apesar de não publicitados pelo Registo, em face do terceiro. A razão dessa preferência encontra-se, em alguns casos, na origem legal, não convencional, dos direitos (servidões legais, hipotecas legais e privilégios). Em outros, na possibilidade fáctica – quase necessidade – de conhecimento, por parte do terceiro, apesar da ausência de publicidade registal (por exemplo, as servidões aparentes).⁵⁹ Por fim, existem casos em que o legislador pretendeu proteger certos e determinados direitos, em face de terceiros, apesar de não ter sujeitado a registo os correspondentes factos aquisitivos – por exemplo, o direito do arrendatário para fins habitacionais ou agrícolas (cfr. o art. 14 da LAU e o art. 74 da LAR).

b) A exactidão do Registo ou o princípio da fé pública registal – A exactidão que se reconhece ao Registo implica que o terceiro que adquira um direito, confiando naquilo que as tábuas publicam, o faz com a extensão e conteúdo com que aparece publicitado, sendo mantido na sua aquisição, mesmo que o facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa* nunca tenha ocorrido, seja nulo, venha a ser anulado etc. e mesmo que em virtude de vícios exclusivamente registais o respectivo assento seja inexacto. Acresce que o terceiro, que haja adquirido na vigência de um assento de cancelamento, não pode ser prejudicado na hipótese de rectificação ou declaração de nulidade do referido assento – como a inscrição se extingue mediante o cancelamento, perante um terceiro o direito cancelado não existe ainda que o mesmo, efectivamente, subsista na realidade jurídica.

Para o terceiro o conteúdo do Registo é exacto e o direito do seu transferente ou causante tem a consistência e a extensão que resulta do Registo. Assim, em virtude do princípio da fé pública a aquisição do terceiro é insusceptível de ser atacada com base em causas que não constem do próprio Registo.⁶⁰

59. Em relação às servidões aparentes, que o terceiro hipotecário não pode desconhecer, a jurisprudência afirma que os sinais ostensivos e insusceptíveis de gerarem dúvidas têm uma publicidade equivalente à da inscrição.

60. No entanto, segundo a jurisprudência dominante, a realidade física do prédio é extra-registal; a inscrição no Registo é apenas um título de prova da sua realidade material. A publicidade registal não garante ao terceiro hipotecário nem a superfície nem os limites do prédio.

A protecção, assim concedida ao terceiro, baseia-se na criação de uma aparência positiva ou, mais rigorosamente, na verdade oficial sobre o direito do seu autor ou causante e decorre dos arts. 34,⁶¹ complementado pelos arts. 31,⁶² 37,⁶³

61. O art. 34 estatui:

“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente.”

Parte da doutrina espanhola considera que o art. 34 é o preceito fundamental através do qual o legislador consagrou o princípio da fé pública registral (Cfr. ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 330). A restante doutrina espanhola, ao invés, não reconhece o art. 34 como o artigo no qual o legislador consagrou plenamente tal princípio e afirma que o mesmo decorre de diversos artigos da lei hipotecária. No entanto, independentemente da posição adoptada, ninguém nega a importância do art. 34, no qual o legislador fixou, de modo genérico, os requisitos que devem estar preenchidos para que o terceiro possa beneficiar da protecção decorrente do princípio da fé pública registral (cfr. LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 166 e ss.).

62. O art. 31, regulando as hipóteses da nulidade da inscrição em si e por si (v.g., em virtude de defeito formal, por falta de coincidência com o título inscrito etc.), determina que a mesma (nulidade) não prejudicará o direito anteriormente adquirido por um terceiro protegido nos termos do art. 34.

63. É a seguinte a redacção do art. 37:

“Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.”

São excepção à regra acabada de enunciar, nomeadamente, as seguintes acções:

- As acções rescisórias e resolutivas que tenham a sua origem em causas que constem explicitamente do Registo;
- As acções de revogação de doações, caso o donatário não cumpra as condições inscritas no registo.

A propósito do art. 37 da lei hipotecária espanhola, recordamos o anteriormente afirmado: a partir da entrada em vigor do Código Civil (1889), a tutela concedida pela lei hipotecária aos terceiros adquirentes de boa fé e a título oneroso que obtenham o registo do respectivo facto aquisitivo, na hipótese de posterior revogação da doação, rescisão contratual ou resolução por incumprimento, não é mais ampla do que aquela que é concedida a um terceiro adquirente de um bem não sujeito a registo, não implicando, portanto, uma derrogação mais extensa ao princípio *resoluto iuris dantum resolutio ius accipiens*.

40,⁶⁴ 76,⁶⁵ 97,⁶⁶ 173. 2.⁶⁷ etc. da lei hipotecária.

Saliente-se que, em Espanha, a tutela concedida pelo princípio da fé pública registal estende-se aos terceiros adquirentes de direitos que, não assumindo a natureza real, podem aceder ao Registo mediante inscrição (v.g., o direito de arrendamento).⁶⁸ Deste modo, afasta-se o sistema registal espanhol dos restantes sistemas que consagram o princípio da fé pública registal, uma vez que es-

64. O último parágrafo do art. 40 estatui que “en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto”.

Segundo alguns autores o art. 40 é aquele que de forma mais geral consagra o princípio da fé pública registal. Assim, LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 165 e ss. que se refere a este preceito como “una suerte de precepto-escoba”.

65. É a seguinte a redacção do art. 76: “Las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona”.

66. Segundo o art. 97, cancelado um assento presume-se extinto o direito a que o referido assento se referia.

67. Segundo o art. 173, 2.º, os cancelamentos, feitos em consequência da declaração de nulidade dos títulos inscritos, produzirão os seus efeitos sem prejuízo do disposto no art. 34 da lei.

68. O legislador espanhol ao permitir que acedam ao Registo, mediante inscrição, direitos de crédito ou direitos pessoais de gozo pretende, precisamente, que os respectivos titulares registais beneficiem de todos os efeitos decorrentes da inscrição. Se a intenção do legislador tivesse sido a de limitar a tutela concedida pelo princípio da fé pública registal aos titulares registais de direitos reais, por certo, teria determinado que os direitos de crédito e os direitos pessoais de gozo que podem aceder ao Registo fossem publicitados através de outro tipo de assento registal. (Neste sentido, a propósito do direito de arrendamento, vide PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano, La publicidad registral*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, p. 451 e ss., bem como os Autores por si citados. Em sentido contrário manifestam-se ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Dinámica registral*, 8. ed. rev., ampl. e act., Barcelona: Bosch, 1997, t. V, p. 537-539, afirmando que substantiva e tecnicamente teria sido mais adequado permitir o registo do contrato de arrendamento através de uma anotação preventiva, uma vez que ao admitir-se o acesso ao Registo do direito de arrendamento apenas se pretendeu garantir que o mesmo fosse oponível a terceiros adquirentes de direitos reais sobre o imóvel. Segundo os mesmos autores, ob. cit., p. 561 e 613, o locatário, tal como o titular de um direito pessoal de opção de compra, não é protegido pelo princípio da fé pública registal, pois este princípio só garante terceiros adquirentes de direitos reais.

tes restringem a aplicação do referido princípio aos terceiros titulares registais de direitos reais.⁶⁹

Os requisitos para gozar da tutela concedida pelo princípio da fé pública registal são as que de seguida se referem:⁷⁰

a) *Haver adquirido através de um negócio jurídico*⁷¹ *que quando considerado em si e por si seja válido*. Uma vez que, segundo o art. 33, a inscrição não convalida os actos ou negócios nulos. A publicidade registal garante a titularidade ao adquirente que inscreve caso se anule ou declare nulo o título do seu transmitente, mas não quando o seu próprio título de aquisição padeça de uma invalidade não consequencial.⁷²

b) *Haver adquirido de boa fé*. Antes de mais, cumpre recordar que segundo o art. 34 a boa fé do terceiro se presume.⁷³

A boa fé supõe que o terceiro desconheça a “inexactidão” do Registo, a discordância existente, ou futura, entre o Registo e a realidade jurídica extra-

69. Cfr. art. 892 do BGB, art. 63 da GBG austríaca, art. 63 do *Nuovo Testa della Legge Generale sui Libri Fondiari* vigente em certas zonas do território italiano, 973 do Código Civil suíço.

Sublinhe-se que o facto de estes sistemas não estenderem o princípio da fé pública registal aos terceiros adquirentes de direitos de crédito ou de direitos pessoais de gozo é perfeitamente compreensível, quando se sabe que, nos respectivos ordenamentos jurídicos, tais direitos nem sequer acedem ao registo e, por isso, naturalmente, os seus titulares não podem beneficiar de qualquer tutela registal, ou apenas podem ser publicitados pelo registo através de uma anotação – cfr., por exemplo, o art. 959, n. 1, do Código Civil suíço e o art. 19 do *Nuovo Testa della Legge Generale sui Libri Fondiari* vigente em certas zonas do território italiano que se limita a assegurar a sua oponibilidade em face de futuros adquirentes de direitos sobre o imóvel, não podendo, consequentemente, o titular da respectiva anotação beneficiar de efeitos registais que a lei reconhece a outro tipo de assentos registais.

70. Cfr. GÓMEZ GÓMEZ, *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 290-291, p. 558 e ss., 1952; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 177 e ss.; PAU PEDRÓN, *Elementos de derecho hipotecario* cit., p. 39 e ss.; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 335 e ss.

71. De facto, o sistema registal espanhol apenas protege o terceiro que haja adquirido mediante negócio jurídico, tal como ocorre na Alemanha e ao contrário do que ocorre na Áustria e na Suíça.

72. No entanto, se o terceiro obtiver o registo do facto jurídico aquisitivo inválido no qual interveio, tal inscrição produzirá efeitos até que o registo seja rectificado.

73. Tal como ocorre no sistema registal suíço.

-registral ou o desconhecimento (com ou sem culpa) da causa de invalidade ou de cessação de eficácia do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa*.⁷⁴

Segundo a jurisprudência e a doutrina dominante o desconhecimento suposto pela boa fé traduz-se numa situação estritamente intelectual que não envolve uma conduta determinada nem qualquer investigação em torno da situação jurídica extra-registral.⁷⁵

Acresce que a lei nunca impõe a obrigação de conhecimento, nem estabelece a necessidade de conhecimento do conteúdo registral para que a inscrição produza os seus efeitos, conseqüentemente, é pacífica a ideia segundo a qual a falta de consulta do Registo não afasta a protecção concedida ao terceiro.⁷⁶

No entanto, como é evidente, considera-se que a boa fé não existe quando, à data da “aquisição”, consta do Registo um assento registral de conteúdo negativo que adverte para o facto de o registo estar a ser contestado e, portanto, para a eventualidade da situação jurídico-real ser diversa da publicitada.

A má fé, por seu turno, supõe o conhecimento pleno da situação real não inscrita ou indevidamente inscrita. A necessidade de que o conhecimento seja pleno resulta da própria finalidade da publicidade registral: reflectir a verdade oficial sobre as situações jurídicas, oferecer um instrumento de segurança que garanta a exactidão e seja, por si só, fiável. Por conseguinte, em face do “silên-

74. Colocamos a expressão inexactidão entre aspas porque, rigorosamente, o registo só é inexacto quando já esteja desconforme com a realidade extra-registral, não quando apenas venha a estar no futuro. Conseqüentemente, utilizamos a expressão inexactidão, tal como a doutrina espanhola, como forma de salientar que o Registo, à data do negócio jurídico celebrado pelo terceiro, não publicitava as causas que podiam conduzir à cessação da eficácia do facto jurídico aquisitivo do titular registral, seu *dante causa*, e que podiam fazer operar o princípio resolutivo *iuris dantum resolutio ius accipiens*.

75. Como informa CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 70, segundo a posição da jurisprudência espanhola uma tal investigação ou indagação, pela concatenação sucessiva das precedências, seria esgotante e “diabólica”, não podendo racionalmente impor-se a ninguém.

Como já referimos, idêntica é a posição da doutrina e da jurisprudência alemã.

Na doutrina espanhola, assume entendimento contrário LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, III-bis, derecho inmobiliario registral* cit., p. 184, que considera que está de má fé quem desconheça a realidade registral por culpa grosseira. Em sentido idêntico vide RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, Buena fe en derecho inmobiliario registral – Buena fe en el tercero hipotecario. Concepto, momento y prueba. Comentario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 687, p. 296, 2005.

76. LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 185; PAU PEDRÓN, *Elementos de derecho hipotecario* cit., p. 149 e ss.

cio” ou da “inexactidão” do registo, requer-se que o “terceiro”, que nele podia confiar, possua a certeza plena de que existe uma determinada realidade extra-registal distinta da registal, que torna inexacto o registo. Se o terceiro apenas conhece alguns dados – fragmentários ou meramente indiciários – da realidade, discordantes com o publicitado, nem por isso deve ser considerado de má fé.⁷⁷ Em face de tal aparência há-de prevalecer o registo que não é apenas outra manifestação da aparência mas sim a verdade oficial ou a publicidade oficial.

Por fim, segundo a posição reiterada pela doutrina e pela jurisprudência, basta que o terceiro esteja de boa fé no momento do acordo de vontades não sendo, conseqüentemente, necessário que a boa fé perdure até ao momento da *traditio* ou da inscrição registal (*mala fe superviniens non nocet*).⁷⁸

c) *Ter adquirido mediante negócio jurídico oneroso* – o próprio art. 34 esclarece que os adquirentes a título gratuito não gozarão de maior protecção registal do que a que teria o seu causante ou transferente.⁷⁹

77. Vide, por todos, VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la possession en la mecánica de la fe publica*, loc. cit., p. 363.

78. Neste sentido, vide: COSSÍO Y CORRAL, *Lecciones de derecho hipotecario*, 2. ed., Barcelona: Bosch, 1945, p. 224; IGNACIO DE CASSO ROMERO, ob. cit., p. 201; NÚÑEZ LAGOS, *Realidad y registro*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, I, p. 426, 1945; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 396 e ss.; VILLARÉS PICÓ, *Principios hipotecarios de la ley de 1861*, *Información Jurídica*, 1952, p. 592.

Ao invés, Sanz, segundo informam ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 395-396, afirma que o requisito da boa-fé deve verificar-se à data da inscrição. As razões apresentadas por Sanz são, em síntese, as que de seguida se apresentam:

- no ordenamento jurídico espanhol o direito real pode ter existência à margem do Registo;
- o art. 34 não protege uma qualquer aquisição derivada do titular inscrito mas, apenas, a que ocorra segundo o Registo;
- o art. 34 aplica-se quando ocorre uma aquisição a non domino; esta aquisição verifica-se em virtude da inscrição do título do adquirente, conseqüentemente, a sua data não é a do título, mas a da inscrição;
- existe um período de tempo que medeia entre a data do título e a da inscrição, no qual o conceito de boa fé é indiferente; durante tal período o “adquirente” não preenche todos os requisitos para que opere a protecção do art. 34, uma vez que ainda não inscreveu o seu “facto aquisitivo”, por conseguinte, o direito do verdadeiro proprietário deve prevalecer.

79. Como resulta do exposto, o requisito da onerosidade distancia a tutela concedida ao terceiro pelo sistema registal espanhol daquela que é concedida pelo sistema alemão, austríaco e suíço.

d) *Ter adquirido daquele que beneficiava da inscrição registal em vigor* – “de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo”.

Segundo a doutrina mais autorizada, o transmitente já há-de figurar como titular registal no momento da aquisição do terceiro, uma vez que a essa data, e não à data em que é lavrado o registo a favor do terceiro, se reporta a apreciação da boa-fé do terceiro.

e) *Haver obtido a inscrição registal a seu favor*.

Questão extremamente polémica na doutrina espanhola é a de saber se estes requisitos também devem estar verificados para que opere a tutela concedida no art. 32 da lei hipotecária. As opiniões dividem-se desde há muito tempo e com tal intensidade que os Autores que defendem a verificação dos referidos requisitos, para que o terceiro possa beneficiar da tutela do art. 32, são denominados como defensores de uma concepção monista de terceiro – o denominado terceiro germânico.⁸⁰⁻⁸¹ Os autores que, ao invés, consideram que o art. 32 consagra uma tutela não dependente de tais requisitos formam a doutrina

80. Saliente-se, ainda, que a grande maioria dos autores *monistas* considera que o princípio da fé pública consagrado na lei hipotecária encontra expressão, além de noutros artigos, quer no art. 34 (fé pública positiva) quer no art. 32 (fé pública negativa). Ao contrário dos autores *dualistas* que não encontram no art. 32 qualquer expressão do princípio da fé pública registal mas, apenas, do princípio da inoponibilidade (que, na nossa óptica, significa que: *o sujeito activo de um facto jurídico que deveria ter acedido ao Registo, sob pena de não se consolidar a eficácia da mutação jurídico-real já ocorrida, não verá a sua posição prevalecer em face de um terceiro adquirente que haja obtido o registo*).

81. COSSÍO Y CORRAL, ob. cit., p. 130; HERMIDA LINARES, Problemas fundamentales de derecho hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 474, p. 1177 e ss., 1969; JORDANO FRAGA, Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, p. 1361, nota 5; LA RICA Y MARITORENA, Algo más sobre el tercero en la ley hipotecaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 478, p. 714 e ss., 1970; LASARTE ALVARE, *Principios de derecho civil*, 5, Madrid: Trivium, 1997, p. 382; MONSERRAT, ob. cit., p. 234 e ss.; PAU PEDRÓN, *Elementos de derecho hipotecario* cit., p. 38 e ss.; PAU PEDRÓN, *Doble venta de inmuebles y publicidad registral*, La publicidad registral, Madrid: Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, p. 581; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid: Dijusa, 1999, t. II, p. 543; ROCA SASTRE, El problema de la relación que respecto del art. 34 Lh. guarda el art. 32, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 446-447, p. 781 e ss., 1965; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 180 e ss.; RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 94; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de derecho hipotecario* cit., t. I, p. 382, 411-412.

dominante e são denominados como defensores de uma concepção dualista de terceiros: o terceiro do art. 32 ou terceiro latino – que é aquele que é protegido nos sistemas de protecção fraca (, e o terceiro do art. 34 ou o terceiro germânico (que é aquele que é protegido num sistema de protecção forte).⁸²

82. Vide: ALONSO FERNÁNDEZ, La inmatriculación de fincas y el título público de su adquisición, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 204, p. 316 e ss., 1945; AMORÓS GUARDIOLA, La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios, loc. cit., p. 1523 e ss.; AMORÓS GUARDIOLA/CHICO Ortiz, Comentarios al artículo 606, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albadejo, VII-2, 2. ed., Madrid: Edersa, 1990, p. 332 e ss.; BALLARIN, Notas críticas: El registro de la propiedad español, *Anuario de Derecho Civil* II/680; CARRETERO, Retornos al Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 440-441, p. 87, 1965; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 294 e ss.; CHICO Y ORTIZ/BONILLA ENCINA, *Apuntes de derecho inmobiliario registral*, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 1963, t. I, p. 217; DE LA RICA Y ARENAL, Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 269, p. 625 e ss., 1950; DE LA RICA Y ARENAL, Realidades y problemas en nuestro derecho registral, *Libro Homenaje a De La Rica*, Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, 1976, t. II, p. 343-344; DEL HOYO, Otra vez el concepto de tercero, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 256, p. 563 e ss., 1949; Díez-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, II, Madrid: Tecnos, 1986, p. 371-372; Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid: Tecnos, 1995, t. III, p. 464 e ss.; ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, Civitas: Madrid, 2002, t. III, p. 3937 e ss.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. I, p. 201 e 541 e ss.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 92; GARCÍA HERGUEDAS/GARCÍA ARANDA, El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro derecho, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 508, p. 591 e ss., 1975; GÓMEZ GÓMEZ, En torno a la polémica Carretero-Roca, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 453, p. 379 e ss., 1966; GORDILLO, Bases del derecho de cosas y principios inmobiliarios registrales: sistema español, *Anuario de Derecho Civil*, 1995, p. 591 e 631; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 172 e ss.; Luis Miguel López Fernández, Problema real, solución registral, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas: Madrid, 2002, t. III, p. 3979 e ss.; MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias a non domino, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 603, p. 601-602, 1991; MERINO GUTIÉRREZ, El tercero hipotecario y la anotación de embargo, *Anuario de derecho civil*, 1994, p. 110; NÚÑEZ LAGOS, El registro de la propiedad español cit., p. 238-239 e 246 e ss.; NÚÑEZ LAGOS, Tercero y fraude en el registro de la propiedad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 563 e ss., 1950; RODRÍGUEZ OTERO, ob. cit., p. 398 e ss.; VILLARES PICÓ, La posesión y el Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 230-231, p. 437, 1947.

Entre os autores dualistas existe quem considere que para se ser havido como terceiro para efeitos do art. 32 basta que se obtenha com prioridade o registo do respectivo facto aquisitivo e quem, pelo contrário, faça depender a respectiva tutela da boa fé (a maioria).

Refira-se, ainda, que os monistas justificam a sua posição, afirmando, além do mais, por um lado, que a protecção do Registo deve estar, sempre, condicionada ao facto de o terceiro haver adquirido de quem aparecia, nos livros, como titular; a tutela da fé pública é concedida em atenção à existência desse assento que, não obstante ser inexacto, está sob a salvaguarda dos Tribunais; o direito espanhol responde, desde 1944-46, a um sistema de protecção da aparência registal. E, por outro lado, afirmando que nada justifica, por parte da lei, um tratamento diferenciado do adquirente *a non domino*, que adquire de um *ex dominus*, e do adquirente *a non domino*, que adquire daquele que nunca foi *dominus*.

Por seu turno, os dualistas recusam-se a admitir que o sistema registal espanhol, na hipótese de dupla alienação ou oneração do mesmo bem pelo mesmo *dante causa*, não garanta o segundo adquirente que obtém com prioridade o registo, nas mesmas condições em que o mesmo é garantido no sistema francês, belga ou italiano (nomeadamente, quando o *dante causa* e *ex dominus* nunca foi titular registal). Estes autores afirmam que o regime exclusivo da fé pública registal é demasiado severo em ordenamentos onde as mutações jurídico-reais ocorrem à margem do Registo, podendo (o referido regime) apenas funcionar sem falhas nos sistemas nos quais o registo assuma o papel de modo ou integre um modo complexo, o mesmo é dizer, em sistemas onde a inscrição seja constitutiva. Consequentemente, concluem que o sistema latino de protecção continua a ser necessário em Espanha, como contrapeso à possibilidade de mutações jurídico-reais extra-registais.

Independentemente da querela apresentada, o terceiro é protegido, em princípio, imediatamente,⁸³ não sendo concedido ao verdadeiro proprietário qualquer período para reagir contra ele e, assim, impedir a sua aquisição.

No entanto, o legislador, em algumas situações, suspende – por tempo determinado – a protecção concedida ao terceiro ou o efeito da inoponibilidade. Decorrido esse período, se a titularidade do terceiro não tiver sido, entretanto, impugnada, este é mantido definitivamente na sua aquisição.

As situações em causa são as que passamos a descrever.

83. Tal como ocorre no sistema registal alemão e suíço e ao contrário do que ocorre no sistema austríaco.

a) “Terceiro” *adquirente ou subadquirente de um inmatriculante* – O “terceiro” adquirente ou subadquirente de um *inmatriculante* não está protegido pela inoponibilidade durante dois anos a contar da data em que o imóvel passou a estar descrito no registo e com a primeira inscrição em vigor – *inmatriculado*.⁸⁴ Assim, durante esse lapso de tempo o verdadeiro titular do direito – que seja pessoa distinta do titular registal: *versus dominus* extra-registal – pode privar o “terceiro” do bem adquirido (cfr. art. 207 da lei hipotecária).⁸⁵⁻⁸⁶

b) “Terceiro” *adquirente ou subadquirente de um herdeiro voluntário* – O “terceiro” adquirente ou subadquirente de um herdeiro voluntário não está protegido pela inoponibilidade durante os dois anos posteriores à morte do *de cuius*. Assim, se nesse período de tempo é reconhecido como herdeiro uma pessoa diversa daquela que obteve a seu favor o registo sobre os bens deixados (herdeiro aparente) e que, entretanto, já os transmitiu ou onerou, o verdadeiro herdeiro poderá exigir a restituição dos bens, vendo-se o “terceiro” deles privado (cfr. art. 28 da lei hipotecária).⁸⁷

84. A *inmatriculación* é a incorporação de um imóvel no Registo. Do ponto de vista formal, é o assento de inscrição através do qual se inicia a história registal de um imóvel que é lavrado com base numa completa descrição do mesmo e numa rigorosa constatação de quem é o titular do respectivo direito de propriedade.

Portanto, a *inmatriculación* tem um carácter misto ou híbrido, uma vez que para além de incorporar um imóvel no registo, constata e reflecte a titularidade do direito de propriedade do *inmatriculante*. (Sobre a *inmatriculación*, por todos, vide PAU PEDRÓN, *Elementos de derecho hipotecario*, Madrid: Comillas, 2003, p. 126 e ss.).

85. Desde que em causa não esteja uma hipoteca, uma vez que para este direito real de garantia o registo funciona como modo.

86. Para os autores *monistas*, o “terceiro”, durante esse período de tempo, não está protegido pela inoponibilidade consagrada quer no art. 32 quer no art. 34; para os *dualistas*, o “terceiro” só não está protegido pela inoponibilidade consagrada no art. 34. Assim, segundo os autores *dualistas*, aquele que adquira de um *inmatriculante* e registe está imediatamente protegido em face de um terceiro que haja adquirido um direito incompatível do mesmo *dante causa* (o *inmatriculante*), nos termos do art. 32, mas já não estará protegido em face do verdadeiro dono que invoque, por exemplo, a nulidade do facto jurídico aquisitivo do *inmatriculante* e demonstre ser o verdadeiro titular.

87. Segundo o art. 28 da lei hipotecária, “as inscrições de prédios ou direitos reais adquiridos por herança ou legado não produzirão efeitos em face de terceiros até que hajam decorrido dois anos sobre a data da morte do causante. Exceptuam-se as inscrições a título de herança testada ou intestada, mejora ou legado a favor de herdeiros forçosos” (trad. nossa).

6. A ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA, MAXIME ENQUANTO ASSENTO REGISTRAL PROVISÓRIO DE CONTEÚDO NEGATIVO

Segundo o art. 42, 1.º, da lei hipotecária, pode requerer a anotação preventiva⁸⁸ aquele que demandar em juízo a propriedade de bens imóveis, ou a constituição, transmissão, modificação ou extinção de qualquer direito real. No entanto, quer a doutrina quer a jurisprudência afirmam, desde há muito, que o âmbito desta anotação preventiva é mais extenso do que o assinalado pela letra da lei, não abrangendo apenas a acção real, mas também as acções onde sejam feitos valer direitos potestativos que, uma vez julgadas procedentes, impliquem a alteração da situação jurídico-real a favor do autor (por exemplo, uma acção de anulação, de resolução ou revogação de um facto jurídico publicitado pelo Registo), bem como as acções onde sejam feitos valer direitos de crédito tendentes à constituição, transmissão ou modificação de um direito real (por exemplo, uma acção de condenação proposta pelo comprador contra o vendedor de um imóvel, quando o negócio não tenha sido reduzido a escritura pública nem tenha havido entrega da coisa; uma acção de execução específica etc.).⁸⁹

A excepção supõe que o adquirente de um herdeiro legal seja protegido pela inoponibilidade desde que obtém o registo da sua aquisição. Face a si, não actua a suspensão do art. 28.

A este propósito, vide Margarita Fernandez Arroyo, *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 267-278, 430-444 e 461.

88. Vide: CAPÓ BONNAFOUS, *Apuntes sobre la anotación preventiva en el derecho hipotecario español*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 99, p. 196 e ss., 1933; DE LA RICA Y ARENAL, *Las anotaciones de demanda y el procedimiento de efectividad de derechos reales inscritos*, *Revista de Derecho Privado*, p. 477 e ss. 1954; DE LA RICA Y MARITORENA, *La anotación preventiva, en general*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 519, p. 389 e ss., 1971; Díez-PICAZO, *Las anotaciones preventivas*, *Revista de Derecho Notarial*, 1964, p. 7 e ss.; LIZARRAGA, *Hipotecas y anotaciones preventivas en la intermediación inmobiliaria*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 119 e ss.; Ramos Méndez, *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona: Bosch, 1980; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. VI, p. 359 e ss.; SEIJO, *Problemas de ejecución sobre inmuebles, Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva, estudios de derecho judicial*, 13, Madrid, 1999, p. 401 e ss.; VILLARES PICÓ, *Anotaciones preventivas*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 464, p. 33 e ss., 1968.

89. A doutrina desde longa data que afirma que tanto reclama a propriedade aquele que reivindica a coisa de um usurpador como aquele que exige a restituição da coisa a quem a tenha adquirido através de acto entretanto resolvido ou revogado e ainda

A anotação preventiva de demanda é um assento registal, de vigência tem-

aquele que tem o direito a que a propriedade lhe seja transmitida (Por todos, vide: LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral* cit., p. 224; MONSERRAT, ob. cit., p. 303-304; Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario – Dinámica registral* cit., t. VI, p. 362 e ss.).

Refira-se que a própria lei hipotecária e respectivo regulamento admitem a anotação preventiva de acções não reais. Nomeadamente: a anotação preventiva de demanda tendente à declaração de validade do título cuja inscrição tenha sido recusada pelo conservador (cfr. art. 66, § 2.º, da lei hipotecária); a anotação preventiva da demanda de rectificação do registo (cfr. art. 40, § 2.º, da lei hipotecária); a anotação preventiva da demanda de nulidade ou de cancelamento formulado numa acção contraditória de domínio, segundo o art. 38, § 2.º, da lei hipotecária (cfr. art. 139 do regulamento); a anotação preventiva de demanda de ineficácia de um cancelamento (cfr. art. 182 do regulamento).

O Código Civil, por seu turno, refere-se à anotação preventiva da demanda de revogação das doações (cfr. art. 649, § 1.º).

Quanto à Direcção-Geral, diga-se que, na vigência da lei hipotecária de 1861 e de 1877, revelava forte resistência em admitir a anotação preventiva quando em causa estivesse uma acção onde fosse feito valer um direito de crédito tendente à constituição, transmissão ou modificação de um direito real, não só em virtude da letra do art. 42, 1 mas, também, em virtude do art. 3.º e do art. 18 dos respectivos regulamentos que estatuíam: “La obligación de transmitir á otro el dominio de cualquier inmueble ó derecho real, ó de constituir sobre uno ú otro algún derecho de la misma índole, no estará sujeta á inscripción. Tampoco lo estará la obligación de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, á menos que en uno ú otro caso, sea garantida dicha obligación personal por medio de otra real”.

A posição da Direcção-Geral alterou-se após a entrada em vigor da Lei Hipotecária de 1909 e respectivo Regulamento, nomeadamente em virtude do art. 9.º deste último diploma legal que passou a estatuir: “No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley”.

Refira-se que na Resolução de 4 de julho de 1919 a direcção-geral afirmou que a anotação preventiva de demanda tem por principal objectivo colocar em harmonia a realidade e o Registo, provocando uma decisão declarativa dos Tribunais que olhe para o passado e rectifique o conteúdo das inscrições. Mas, na mesma Resolução, a direcção-geral afirmou, também, que a anotação preventiva pode ter por objectivo a constituição de uma situação jurídica no futuro, apoiando-se neste caso num *ius ad rem*. (Cfr. Ignacio de Casso Romero, op. cit., p. 436, nota 2).

Posteriormente, estas posições continuaram a ser defendidas pela direcção-geral e foram assumidas como correctas pelo Supremo Tribunal.

poralmente limitada, que publica a pendência de um processo sobre uma situação jurídica registada ou registável.

A anotação preventiva de demanda apenas faz constar do registo uma determinada situação jurídica de contencioso judicial: a pendência da acção. O que se anota não é o direito do autor, pode até ocorrer que não exista qualquer direito, como no caso do autor, afinal, não ser o titular de qualquer pretensão digna de tutela. Também não se inscreve a acção, mas sim o pedido formulado na acção, publicitando deste modo o “estado” do direito inscrito no registo.⁹⁰

Através da anotação preventiva da demanda assegura-se o efeito útil da decisão judicial, caso esta venha a julgar procedente o pedido sem, no entanto, criar uma garantia real específica: publica-se a existência de uma situação jurídica, a *litis*, sem constituir um qualquer direito.

Enquanto subsiste a anotação preventiva, a mesma não impede que o titular do direito inscrito o aliene ou onere, mas o respectivo adquirente tem conhecimento de que a sua aquisição não poderá redundar em prejuízo para a pretensão feita valer judicialmente pelo autor na acção, de modo que não impedirá ou obstaculizará a inscrição do acto a que dê lugar a sentença que acolha a demanda anotada (cfr. art. 71 da lei hipotecária).⁹¹

Sobre as diversas demandas que a direcção-geral já admitiu poderem ser anotadas preventivamente, cfr. ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Dinámica registral* cit., t. IV, p. 364 e ss.

Portanto, e em resumo: a *anotación preventiva de demanda*, enquanto assento registal provisório com conteúdo negativo, é um assento que adverte para a possibilidade de o Registo ser inexacto, o mesmo é dizer, para a eventualidade de a situação jurídico-real ser diversa daquela que o Registo publica, por exemplo, porque o facto jurídico publicitado pode nunca ter ocorrido ou ser nulo, ou é um assento que alerta para a eventualidade de a situação jurídico-real e, conseqüentemente, a situação registal, vir a ser alterada, por exemplo, porque o facto jurídico publicitado pode vir a ser anulado, resolvido, revogado etc.

Por se turno, a *anotación preventiva de demanda*, de conteúdo positivo, gera a cognoscibilidade sobre um eventual direito de crédito tendente à constituição, transmissão ou modificação de um direito real.

90. ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Dinámica registral* cit., t. IV, p. 285.
91. Segundo a Resolução de 4 de julho de 1919 da Direcção-Geral, já anteriormente referida, a anotação preventiva “assegura a acção exercida perante os Tribunais de forma completa, assumindo o carácter de um ónus registado, sem gozar da substantividade hipotecária, condicionando um direito susceptível de ser inscrito sem as vantagens especiais que a inscrição concede aos direitos inscritos sob condição e, por fim, deter-

A anotación preventiva de demanda, do ponto de vista processual, tal como as restantes anotações preventivas,⁹² é considerada uma medida cautelar,⁹³ uma

minando antecipadamente os limites dentro dos quais devem ser desenvolvidas, com efeitos retroactivos, as decisões judiciais; em harmonia com a referida finalidade de assegurar o desenvolvimento de uma acção judicial, a lei hipotecária não transforma o direito pessoal em real, nem altera a natureza da acção, nem impede o acesso ao Registo da Propriedade de posteriores factos jurídicos, nem, por fim, estatui a nulidade incondicional das alienações efectuadas pelo réu, mas atribui à anotação preventiva do n. 1 do art. 42, como às restantes, o carácter de uma limitação qualificada da faculdade de dispor, permite que os bens imóveis ou direitos reais, não obstante a anotação preventiva, possam ser alienados ou onerados sem prejuízo do direito da pessoa a cujo favor foi feita a anotação”. (Tradução nossa. Cfr. Ignacio de Casso Romero, op. cit., p. 436, nota 2).

92. O art. 42 da lei hipotecária, que regula as diversas hipóteses nas quais pode ser solicitada a anotação preventiva, tem a redacção que de seguida se transcreve.
- “Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:
1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.
 2. El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.
 3. El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 4. El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.
 5. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2 de esta Ley.
 6. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.
 7. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.
 8. El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.
 9. El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, por imposibilidad del Registrador, o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.
 10. El que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.”
93. A anotação preventiva de demanda, nos termos do art. 727. 5.º da Ley de Enjuiciamiento Civil, é uma medida cautelar especificada e a ela aplicam-se, naturalmente, os arts. 721 a 747 do mesmo diploma legal.

vez que visa conservar intactas, até ao momento da execução da sentença que julgue procedente a acção, as condições de cumprimento existentes no momento em que é solicitada a anotação; através dela mantém-se o *status quo*, ou seja, a situação registal existente no momento em que é feita a anotação; por isso, como referimos, qualquer posterior adquirente não deve, em geral, ser tomado em consideração, pois a anotação torna desnecessário um procedimento judicial contra este, evita futuras acções, assegura a eficácia da sentença e a sua exequibilidade tal como se tal posterior adquirente nunca tivesse existido. Elimina o *periculum in mora*, garante que no futuro poderá ser efectuada uma inscrição ou cancelamento sem temer os direitos que entretanto venham a ser adquiridos e inscritos. Em resumo, mantém, como as restantes anotações preventivas, as condições de efectividade das situações jurídicas existentes ao tempo em que se efectua a anotação preventiva.

Segundo o art. 43, 1.º, da lei hipotecária, tal como já resulta do anteriormente exposto, a anotação preventiva da acção é solicitada pelo interessado ao juiz da acção e, só quando este a admite, é lavrado o respectivo registo.

O interessado ao solicitar a anotação tem de apresentar documento bastante que justifique o seu direito (art. 43, 1.º) e disponibilizar-se a indemnizar os eventuais prejuízos que possam ser causados ao demandado, caso a acção venha a ser julgada improcedente (art. 139 do regulamento hipotecário). O juiz, por seu turno, pode exigir a prestação de uma caução que considere adequada (art. 139 do regulamento hipotecário).

Segundo o art. 199, § 2.º, do regulamento hipotecário, a anotação da acção não será cancelada por caducidade enquanto não for proferida decisão judicial transitada em julgado na respectiva acção. No final da acção, a anotação é cancelada (cfr. art. 198, § 3.º, do regulamento hipotecário) e é lavrada uma inscrição com base na sentença que julgue procedente a acção, cujos efeitos retroagem à data da anotação (cfr. art. 70 da lei hipotecária). Acresce que, na hipótese de procedência da acção, a decisão judicial é, também, título bastante para cancelar automaticamente, sem o consentimento dos seus titulares, as inscrições posteriores à anotação que, sendo contraditórias ou limitativas do direito que se inscreva a favor do autor, não sejam suportadas por títulos anteriores.

Se as inscrições forem posteriores à anotação, mas forem suportadas por títulos de data anterior, o juiz só poderá decretar o seu cancelamento se os titulares dos assentos, decorridos trinta dias após a sua citação, não se opuserem (cfr. art. 198 do regulamento hipotecário).

Como resulta da mera leitura do art. 198 do regulamento hipotecário,⁹⁴ em causa está uma norma puramente processual. O preceito em causa não apresenta a solução substantiva para o conflito existente entre o autor da demanda que haja obtido uma sentença favorável e o terceiro que tenha adquirido *ante lite*, mas obtido o registo na pendência da acção e que tenha deduzido oposição nos 30 dias subsequentes à sua citação.

Do ponto de vista registal, a anotación preventiva de demanda quando não gera a cognoscibilidade sobre um eventual direito de crédito tendente à constituição, transmissão ou modificação de um direito real, é um assento registal de conteúdo negativo que, como já referimos, adverte para a eventualidade da situação jurídico-real ser diversa daquela que o Registo publica, por exemplo, porque o facto jurídico publicitado pode ser inexistente ou nulo, ou é um assento registal de conteúdo negativo que alerta para a eventualidade da situação jurídico-real e, conseqüentemente, a situação registal, vir a ser alterada, por exemplo, porque o facto jurídico publicitado pode vir a ser anulado, resolvido, revogado etc., afastando, conseqüentemente, qualquer tutela que o respectivo ordenamento jurídico lhes pudesse conceder e sujeitando-os ao princípio *nemo plus ius transferre potest quam ipse habet* e ao princípio *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ou, noutra perspectiva – aquela que por agora nos interessa –, garantindo o verdadeiro titular do direito de que não ficará desprovido do mesmo, em benefício de um terceiro.

Quando a *anotación preventiva* de demanda é um assento registal de conteúdo negativo,⁹⁵ ao tornar conhecidas as eventuais causas de invalidade ou de cessação de eficácia de um título com inscrição em vigor, condiciona os efeitos de posteriores actos praticados pelo titular registal à verificação da condição resolutiva implícita de que seja proferida sentença que julgue procedente o

94. A redacção do art. 198 do regulamento hipotecário é a que de seguida se transcreve: “Cuando los asientos posteriores hubieren sido practicados en virtud de título de fecha anterior a la anotación de demanda, para cancelarlos será preciso que, en ejecución de la sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los arts. 262 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil, si dichos titulares non se opusieren a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes y non se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme.”

95. Segundo a grande maioria da doutrina espanhola, os efeitos positivos produzidos pela anotación preventiva de demanda, a favor do autor da acção e seus subadquirentes, são muito limitados, já que não abrangem o efeito da legitimação nem o princípio da fé pública registal.

pedido a qual, conseqüentemente, conduzirá ao cancelamento de inscrições incompatíveis que não beneficiem de prioridade, uma vez que os “terceiros” são advertidos para o facto de o conteúdo do registo estar a ser contestado e, conseqüentemente, não poderão ser havidos como adquirentes de boa-fé nem beneficiar do princípio da fé pública estando assim sujeitos ao princípio *nemo plus ius transferre potest quam ipse habet* e ao princípio *resoluto jure dantis, resolutur jus accipientis*.

Assim, a anotação preventiva da demanda surge, neste caso, como um instrumento de publicidade cuja função é impedir que aquele que adquira em data posterior possa beneficiar da tutela concedida pelo sistema registal, o mesmo é dizer, desde a actual lei hipotecária, cuja função é impedir que um terceiro beneficie do funcionamento do princípio da fé pública registal, na medida em que este deixa de poder alegar a ignorância da situação anotada.

Portanto, e em resumo, de acordo com o seu fundamento ou a sua razão de ser, o efeito básico da anotação preventiva de demanda é tornar possível o acesso ao Registo de actos registáveis decorrentes da decisão judicial a que tenha dado causa a demanda, sem que o possa impedir ou condicionar os actos registados a favor de adquirentes em virtude de títulos de data posterior à da anotação preventiva, desde que não derivem de assentos que gozem de preferência sobre a mesma.⁹⁶

De acordo com a posição maioritária da doutrina espanhola, este assento registal apenas torna ineficazes os actos de alienação ou oneração praticados em data posterior à sua, já não os praticados anteriormente e registados depois.

Esta posição é fundamentada nos argumentos que, de seguida, se apresentam:⁹⁷

-
96. O § 3.º do art. 198 do regulamento hipotecário, já anteriormente transcrito, estabelece uma excepção à regra segundo a qual julgada procedente a acção decaem e, portanto, devem cancelar-se as inscrições de títulos de data posterior à anotação preventiva, em relação às inscrições que derivem de assentos que gozem de preferência sobre a anotação, o que é perfeitamente razoável e justo. Assim, por exemplo, inscrita uma hipoteca ao tempo da anotação preventiva da demanda a qual não vise a nulidade ou ineficácia do título constitutivo da hipoteca, caso a referida garantia real, por falta de pagamento do crédito garantido, dê origem à acção executiva e à venda ou adjudicação do bem, esta aquisição, apesar de ocorrer em virtude de um título de data posterior à da anotação preventiva da demanda, enquanto consequência natural de um acto já inscrito antes de realizada a anotação, beneficia de preferência sobre o da anotação preventiva de demanda.
97. A posição dominante na doutrina e na jurisprudência espanhola é apresentada de forma pormenorizada por ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario* –

- segundo a letra do art. 71 da lei hipotecária apenas os bens *anotados* não podem ser alienados com prejuízo para o *anotante*, conseqüentemente, e *a contrario*, se os referidos bens forem alienados ou onerados, antes da anotação, poderão prejudicá-lo;

- quando em causa estejam actos de alienação ou oneração praticados em data anterior à da anotação preventiva, esta não pode impedir o funcionamento da fé pública registal⁹⁸⁻⁹⁹ e, conseqüentemente, não pode gerar a sua ineficácia;

- a não ser assim, aquele que pretendesse adquirir não se podia limitar a consultar o Registo Predial, teria, ainda, de percorrer os Tribunais tentando apurar se estava pendente alguma acção susceptível de dar azo a uma anotação preventiva de demanda que pudesse aceder ao Registo antes do seu facto aquisitivo.

Dinámica registral cit., t. IV, p. 359 e ss.; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 395 e ss..

Vide ainda: *De Cossío y Corral, Instituciones de derecho hipotecario*, Madrid: Civitas, 1986, p. 281.

98. Recordamos que, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência espanholas, *um terceiro adquirente do titular registal, por negócio jurídico inter vivos, a título oneroso e de boa-fé caso obtenha a inscrição do correspondente facto aquisitivo após a anotação da demanda, ainda assim, beneficia do princípio da fé pública registal, uma vez que mala fe superviniens non nocet.*

Em sentido contrário, como já referimos, Sanz, segundo informa ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 395-396, precisamente por não aceitar que os terceiros possam ser protegidos quando adquiram antes e só registem na pendência da acção, afirma que a boa-fé do terceiro deve manter-se até à data da inscrição do correspondente facto aquisitivo. As razões invocadas por Sanz foram por nós apresentadas, em síntese, na nota 590.

Como se sabe, no ordenamento jurídico alemão e no austríaco, o autor da acção de rectificação que obtém o assento de protesto ou o autor da acção de cancelamento que obtém a correspondente anotação, respectivamente consoante o ordenamento jurídico em causa, não tem de se preocupar com os “terceiros” que celebraram negócios reais com o seu opositor antes da feitura do assento registal provisório de conteúdo negativo, mas que não obtiveram a inscrição do facto jurídico-real com prioridade. Tal deve-se ao facto de a inscrição assumir eficácia constitutiva e, conseqüentemente, na sua ausência ter de se reconhecer que tais “terceiros” não envidaram esforços para adquirir o direito antes do assento registal provisório de conteúdo negativo.

99. Quando os direitos adquiridos por terceiros não o tenham sido negocialmente, como já referimos, os “terceiros” não beneficiam da tutela concedida pelo princípio da fé pública registal.

Assim, a maioria da doutrina espanhola atribui prevalência aos títulos anteriores.

Roca Sastre e Muncunill, sem negar os argumentos avançados pela posição dominante, distanciam-se dela e afirmam que a resolução do conflito – existente entre o autor da demanda que haja obtido uma sentença favorável e o terceiro que tenha adquirido *ante lite*, mas obtido o registo na pendência da acção – dependerá das circunstâncias e disposições legais aplicáveis a cada caso, podendo as referidas circunstâncias e disposições legais conduzir *a final* à prevalência do direito do autor da acção. Tal acontecerá, por exemplo, quando em causa esteja uma sentença pronunciada numa acção de rectificação do conteúdo inexacto do registo decorrente de nulidade, proposta por um anterior titular registal, quando o adquirente com título anterior à da anotação da demanda (mas com registo posterior), não reúna os requisitos indispensáveis para beneficiar do princípio da fé pública registal, nomeadamente, por haver adquirido a título gratuito.¹⁰⁰

Concordamos com estes autores. Na nossa perspectiva, os “terceiros”, que adquiram antes e registem depois de estar lavrado o assento registal de conteúdo negativo, não podem estar seguros de que o seu direito virá a prevalecer em face do direito autor. Tal só ocorrerá se tais terceiros, caso tivessem registado o respectivo facto aquisitivo antes da anotação preventiva de demanda, fossem definitivamente protegidos, o mesmo é dizer, se preenchessem os requisitos para beneficiar do princípio da fé pública registal; uma vez que nos parece inegável que a anotação preventiva da demanda não pode conduzir ao efeito perverso de permitir que um “terceiro” beneficie da tutela registal, mesmo que não preencha todos requisitos impostos por lei.¹⁰¹

100. Segundo estes autores, tal também acontecerá quando a acção for proposta com base numa causa resolutive que já constasse do Registo de forma explícita antes da data da aquisição a favor de um “terceiro”.

101. Refira-se ainda que LIZARRAGA, *Hipotecas y anotaciones preventivas en la intermediación inmobiliaria* cit., p. 126, afastando-se também da posição dominante na doutrina, distingue as seguintes hipóteses:

- Se a sentença declara a existência de uma inexactidão registal quanto a direitos reais inscritos, e essa inexactidão já existia antes da inscrição do terceiro, deve prevalecer o direito do anotante, porque a anotação ao publicitar tal discrepância, deve favorecer o seu titular que beneficia de prioridade e fazê-lo prevalecer ante o “terceiro” adquirente com título anterior.
- Se é a sentença que provoca a modificação real sem declarar uma situação anterior (por exemplo, porque anula, resolve ou rescinde um facto jurídico inscrito) a anotação limitou-se a proclamar uma causa de modificação em potência, e portanto não

Saliente-se, por fim, que a anotação da acção, na qual o *verus dominus* reivindique o bem imóvel ao titular registal, interrompe o tempo de posse necessário para que este último possa usucapir *secundum tabulas*.

7. A USUCAPIÃO CONTRATABULAR

O ordenamento jurídico espanhol admite a prescrição contrária ao Registo ou “contra tabulas”. Este tipo de usucapião opera em contraste com a realidade registal e, como é óbvio, supõe que a posse seja exercida de facto contra alguém que esteja inscrito como titular registal do direito.¹⁰²

Como é evidente, esta modalidade de usucapião coloca o problema de saber quando e em face de quem é que a realidade extra-registal deve prevalecer sobre a registal.

ganhou prioridade. Neste caso foi o terceiro que, ao inscrever o seu direito antes da inscrição decorrente da sentença, obteve prioridade.

Deste modo, como é evidente, Lizarraga também se afasta da maioria da doutrina espanhola que, como já referimos, considera que a anotação preventiva de demanda não é um meio de ganhar prioridade.

102. Tal como ocorre no sistema austríaco e nos territórios italianos onde rege a Legge Tabulare e ao contrário do que ocorre no sistema registal alemão e suíço.

Vide: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, La posesión y el registro de la propiedad, loc. cit., p. 487 e ss.; Azpiazu Ruiz, Más sobre el tema “La prescripción y el Registro”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 205, p. 434, 1945; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, Se da la prescripción ordinaria contra el titular registal?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 223, p. 553 e ss., 1956; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, La buena fe y la publicidad del Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 256, p. 553 e ss., 1949; CHICO Y ORTIZ, ob. cit., p. 347 e ss.; GARCÍA GARCÍA, *La usucapión contra tabulas y el registro de la propiedad: hacia la superación de los tópicos antihipotecarios*, in *Homenaje a José Maria Chico y Ortiz*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, p. 643 e ss.; NUÑEZ LAGOS, Realidad y registro, loc. cit., p. 414 e ss.; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 567 e ss.; ROCA TRÍAS, *Las relaciones entre la posesión y el registro de la propiedad*, loc. cit., p. 53 e ss.; SOLS GARCÍA, Prescripción contra el registro, *Anuario de derecho civil*, II, 1949, 133 e ss.; VILLARES PICÓ, La posesión y el registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 230-231, 1947, p. 409 e ss.

Para uma perspectiva crítica da usucapião contratabular, vide GALLEGU DEL CAMPO, La usucapión contratabular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 686, p. 2655 e ss., 2004. Segundo este autor a usucapião contratabular é incompatível com a realidade económica do país e com a internacionalização da economia, uma vez que faz prevalecer o interesse daquele que pode usucapir sobre os interesses tutelados pelo Registo e, conseqüentemente, reduz a segurança e a eficácia do Registo, fomenta situações litigiosas e gera a imprevisibilidade das decisões judiciais.

Segundo o art. 36.3, da lei hipotecária: “En cuanto al que prescribe y al dueño el inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros (de acordó com o art. 34), se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil”.¹⁰³ Portanto, a usucapião *contra tabulas*, quer a extraordinária (sem título nem boa-fé),¹⁰⁴ quer a ordinária ou abreviada¹⁰⁵ – desde que se entenda que a inscrição registral não impede a boa-fé do possuidor¹⁰⁶ – opera normalmente no confronto do

103. A redacção completa do art. 36 é a que de seguida se transcreve:

“Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente. Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero.”

104. No sistema austríaco, ao invés, o possuidor só adquire originariamente, através da usucapião, se tiver possuído de boa-fé.

105. Cfr. nota 54.

106. Azpiazu Ruiz e La Rica consideram que a usucapião ordinária não pode ocorrer quando em causa estejam bens inscritos no Registo, uma vez que não pode considerar-se de boa-fé quem actuou sem a diligência devida e não consultou o Registo. (Vide:

titular do direito inscrito, dos seus sucessores universais, bem como dos seus sucessores a título particular que hajam adquirido gratuitamente. Consequentemente, os direitos publicitados, mediante a inscrição, não estão, enquanto tal, subtraídos à usucapião, estão, ao invés, a ela sujeitos de acordo com as regras de direito civil puro.¹⁰⁷

O fundamento desta norma – que admite, em princípio, a usucapião contra o titular registal, seus herdeiros ou seus adquirentes *inter vivos* e a título gratuito – assenta no facto de estes e aquele que adquire mediante a usucapião não serem terceiros entre si, mas partes do fenómeno da usucapião.¹⁰⁸

Ao invés, no confronto com um terceiro adquirente, por negócio jurídico a título oneroso, que haja obtido o registo a seu favor, a usucapião contratual, já “consumada ou em vias de se consumir”, só opera verificadas que sejam determinadas condições. Desta forma, tenta compatibilizar-se o regime da usucapião com a tutela concedida ao terceiro, pela lei hipotecária de 1946. Concretizando, de acordo com a lei hipotecária, nesta hipótese, a usucapião

AZPIAZU RUIZ, Más sobre el tema “La prescripción y el Registro”, loc. cit., 1945, n. 205, p. 434 e ss.; AZPIAZU RUIZ, *Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?*, loc. cit., 1946, n. 223, p. 736 e ss.; La Rica, *Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n. 256, p. 553 e ss., 1949).

Contra esta posição e por todos, vide ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario – Fundamentos de la publicidad registral* cit., t. II, p. 571 e ss., apresentando, entre outros, os seguintes argumentos:

- o n. 3 do art. 36 estabelece, categoricamente, que a usucapião contra tabulas se produzirá, e o conseqüente resultado aquisitivo, de acordo *exclusivamente* com as regras de direito civil, sem qualquer intromissão, portanto, das normas de direito hipotecário;
- o art. 36 admite a usucapião *contra tabulas* sem distinguir entre a usucapião ordinária e a extraordinária e portanto deve aplicar-se a regra *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*;
- a boa-fé prevista no art. 1950 do Código Civil não apresenta qualquer conexão com a ideia de culpa, constituindo, ao invés, um estado psíquico ou psicológico que só não existe quando ocorre o conhecimento efectivo (boa-fé em sentido psicológico).

107. Assim, quando se consume a usucapião sobre bens inscritos produz-se uma inexactidão registal, ou seja, uma falta de paralelismo entre a realidade jurídica e o conteúdo do Registo, uma vez que este anuncia como titular do direito real uma pessoa que na realidade jurídica já não o é, porque o perdeu em virtude da usucapião.

108. O processo jurídico da usucapião, enquanto metamorfose que é de uma situação de facto numa situação jurídica produz-se entre as partes: o adquirente e aquele que fica despojado do seu direito (usucapiente e usucapido).

contratabular só opera quando se verificarem, cumulativamente, as condições que passamos a enunciar.

- Quando se demonstre que o adquirente conhecia ou teve meios razoáveis e motivos suficientes para conhecer, antes de perfeccionar a sua aquisição, que o imóvel era possuído de facto por pessoa diversa do seu *dante causa*.

- Sempre que o adquirente inscrito, não tendo conhecido nem podido conhecer a posse contrária, posteriormente nela tenha consentido, expressa ou tacitamente, durante todo o ano seguinte à sua “aquisição” (cfr. art. 36 da lei hipotecária), tendo-se, assim, consumado a usucapião.

Estas condições, analisadas na perspectiva inversa, respectivamente, a *ignorância desculpável* quanto à inexactidão registal – provocada pela perda da propriedade do titular registal alienante, ocasionada pela usucapião operada contra o mesmo – e a *tempestiva contestação* por parte do titular inscrito em face da posse exercida pelo terceiro, surgem a limitar a esfera de operatividade desta figura. Ou, por outras palavras, formam um duplo requisito que impede a prevalência da situação de facto em face do registo, assegurando ao titular registal – que haja adquirido mediante negócio jurídico oneroso e de boa-fé e tenha obtido a correspondente inscrição registal – que não virá a ser prejudicado pela usucapião “já consumada ou em vias de se consumir”.

Refira-se, também, que caso a usucapião ainda não haja ocorrido à data da aquisição do titular registal, porque a posse não tinha a duração imposta por lei, depois, caso se complete o tempo de posse necessário à usucapião, esta só poderá assumir relevância decorrido que seja um ano sobre a data da aquisição do titular registal, tendo este, até lá, a possibilidade de defender o direito adquirido sob a fé do Registo.¹⁰⁹

109. O que não ocorre no sistema registal austríaco, estando, conseqüentemente, o terceiro registal espanhol mais protegido em face da usucapião contratabular do que o terceiro registal austríaco.

Vejamos com mais pormenor.

Uma das características mais salientes do sistema jurídico austríaco consiste na previsão, por assim dizer, livre, à maneira dos ordenamentos onde vigora o sistema de protecção mínima, de uma figura da usucapião directamente produtiva de efeitos aquisitivos em consequência da posse (material da coisa ou do exercício de facto do direito) mantida durante um certo lapso de tempo (§§ 1468, 1470, 1478, 1479 e 1488 do Código Civil austríaco). Isto a despeito da regra segundo a qual a existência do direito (quer inter partes quer em face de “terceiros”) depende da existência da inscrição, no sentido que o direito real surge, transmite-se e extingue-se com a inscrição. Dada a necessidade da inscrição, o ordenamento austríaco, rigorosamente, devia excluir a possibilidade de as situações de facto contrastantes com a realidade tabular

Claro está que, quando o tempo de posse necessário à aquisição por usu-

poderem vir a prevalecer sobre esta. Mas, a ABGB, em prejuízo do rigor sistemático, optou por dar relevância a certas situações não conformes ao sistema registal, estabelecendo, no § 1468, que: “quando o imóvel não está inscrito em nome daquele que exerce o direito de posse (*Besitzrecht*), a usucapião só se completa decorridos trinta anos”.

Não obstante, a verdade é que, segundo o § 1500 do ABGB e o § 71 da GBG, o direito já adquirido mediante a usucapião não pode prejudicar quem sob a fé do livro fundiário tenha adquirido um direito sobre o bem em causa, antes da entabulação do direito usucapido – entabulação esta que é lavrada com base na sentença transitada em julgado que reconheça a aquisição originária – ou, na hipótese ser dada publicidade à acção tendente ao reconhecimento do direito adquirido com a usucapião, antes de ter sido lavrada a respectiva anotação.

Portanto, o ordenamento prefere tutelar quem adquire, *sob a fé do livro fundiário*, do proprietário inscrito em cujo confronto foi *amadurecida* a usucapião, ao invés de tutelar quem já adquiriu o bem a título originário mas não actuou, atempadamente, por forma a que o Registo passasse a publicitar o seu direito.

Não adquire sob a fé no livro fundiário e, conseqüentemente, é-lhe oponível a usucapião posteriormente inscrita, quem, no momento da sua aquisição, teve conhecimento ou devia ter tido dos indícios reveladores da posse continuada que deu origem à aquisição originária. Ou seja, não é protegido aquele que afirma ter confiado num “estado tabular”, sempre que este seja, manifestamente, negado pela situação material extratabular existente.

Nesta lógica, a falta de um assento registal que publicite, provisória ou definitivamente, a aquisição originária – ou seja, a ausência da anotação da acção tendente ao reconhecimento judicial do direito usucapido ou a ausência da entabulação do próprio direito após o reconhecimento judicial – gera a sua inoponibilidade em face de terceiro que tenha adquirido de boa-fé direito com base no livro fundiário, mas não em face de quem sabia que estava a adquirir a *non domino* ou estava em condições de o saber, através da indagação imposta pela prudência normal, que já havia ocorrido a usucapião. A tutela da fé pública do sistema tabular só deve proteger quem adquire conhecendo apenas a situação revelada pelo livro fundiário, acreditando que esta corresponde à situação real e quando não lhe seja exigível, de acordo com as regras da prudência, que conhecesse a discrepância existente entre a situação registal e extraregistal; a fé pública não deve estender-se a quem inscreveu a sua “aquisição” tendo conhecimento ou desconhecendo culposamente a situação real diversa da tabular.

Por último, refira-se que, embora o terceiro adquirente de boa-fé prevaleça em face daquele que já usucapiu, está sujeito a perder o direito inscrito em face de quem, à data da sua inscrição, não tenha tempo suficiente de posse que conduza à aquisição originária mas o venha a completar (por exemplo, para apresentar um caso limite, em face de alguém que complete o tempo de posse necessário à usucapião no dia seguinte à da inscrição do direito adquirido derivadamente).

O acabado de referir, apesar de à primeira vista poder parecer estranho, justifica-se plenamente, quando se tem em consideração que está na disponibilidade do terceiro

capião não se complete no ano seguinte à data da aquisição do titular registal, nada o impede de reagir judicialmente, por forma a pôr termo à posse, apesar de ter permanecido inactivo durante aquele primeiro ano.

Por fim, saliente-se que, como resulta do exposto, no caso de dupla alienação ou oneração do mesmo bem, pelo mesmo autor ou causante, a diversas pessoas, o segundo adquirente que conste como titular registal pode ver-se privado do direito, em virtude da aquisição originária do primeiro, sempre que não preencha os requisitos previstos no art. 34¹¹⁰ e, ainda, no art. 36 da lei hipotecária.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registal imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201; e
- O registro imobiliário. Autonomia financeira e autogestão, de María Raquel Laguillo Menández-tolosa – *RDI* 61/112.
- Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento, de Benito Aruñada, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 12.

adquirente, quando o prazo da usucapião ainda não se completou, praticar ou não um acto que interrompa o prazo de posse que pode conduzir à usucapião (mesmo no último dia), e que seria injusto penalizá-lo pela inércia do predecessor tabular caso a usucapião já tivesse ocorrido.

110. Tal é o que decorre da lei, independentemente de ser adoptada uma concepção monista ou dualista de terceiros.

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. A fine grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant, where it appears to be a result of the overlapping circles and the underlying page structure.

Trabalhos Forenses



DÚVIDA INVERSA

IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR

Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Pirapozinho/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

SUMÁRIO: I – Do título – II – Dos princípios registrais – III – Das terras devolutas – IV – Do não cancelamento das matrículas anteriores – V – Do posicionamento doutrinário sobre as terras devolutas – VI – Da segurança jurídica – VII – Da remissão – VIII – Conclusões

Processo n. 0002090-20.2013.8.26.0456 Vara Única de Pirapozinho.

Suscitante: GRM Incorporadora Ltda.

Suscitado: Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Pirapozinho.

Dúvida inversa

MM. Juiz:

Izaías Gomes Ferro Júnior, Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Pirapozinho/SP, no uso de suas atribuições legais, vem pela presente, se manifestar ao tomando conhecimento da presente “dúvida inversa”, recebida por esta serventia em 04.06.2013, dever-se-ia dar seguimento ao procedimento previsto no item 30.1, Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, e ato contínuo, efetuar-se-ia a prenotação do título, que não foi apresentado, aduzindo os motivos que pretensamente impediriam o “futuro” registro:

I – DO TÍTULO

Não foi apresentado título para ser analisado por esta serventia registral imobiliária, apenas situação hipotética, diga-se de passagem, de preocupação de futura devolução que as partes pretensamente aduzem que seria levantada por este Oficial.

Tentando-se resumir os fatos apresentados na, muito bem instruída e fundamentada, exordial pelo nobre e diligente advogado que a assina, foram decididas as dúvidas *inversas* protocoladas sob os n. 456.01.2012.001693-1 e

456.01.2012.001693-4 pelas empresas GRM Incorporadora e Santa Paula Incorporadora Ltda., respectivamente, por Vossa Excelência e cumpridas por este oficial junto a esta serventia. Ressalta-se que o cumprimento obedeceu aos princípios registrais, especialmente a disponibilidade e continuidade como se verá adiante.

O título à época apresentado teve como objeto o imóvel matriculado nesta Serventia sob n. 538, oriundo da matrícula 21.691 da 1.^a CRI de Presidente Prudente e posteriormente encerrada a cadeia filiatória de ambas juntamente com o destaque do imóvel da matrícula 326 (aberta em função da ação discriminatória) ambas desta Comarca. As partes pretendiam registrar o título de domínio sem desdobro ou retificação da área objeto da matrícula nesta serventia aberta. Abriram-se as matrículas desdobradas sob n. 5174 e 5175, nesta serventia, reportando justamente às matrículas anteriores, para encerrar aquelas cadeias filiatórias e cumprir com os princípios da especialidade e da continuidade, e não deixar uma cadeia matricial sem finalização (ainda que objeto de ação discriminatória já transitada em julgado e com inovação do perímetro pela matrícula 326 desta serventia).

Outro fato relevante que deverá ser analisado pela Corregedoria Permanente é a possibilidade de se cancelar sem ordem expressa as penhoras averbadas e na ocorrência de posteriores arrematações. Não é sem tempo observar que todas as decisões do Conselho Superior da Magistratura do TJSP, bem com da E. Corregedoria de Justiça, entendem que o Registrador só cancela penhoras oriundas da arrematação, por ressonância, isto é, com o mesmo numero de processo, sem precisar expressamente o juízo expedi-la. As demais, sempre com determinação direta ao oficial. Não há como o oficial retirá-la do fôlio real sem uma ordem do juízo competente, ou mesmo do juízo da arrematação (caso da matrícula anterior 21.691 da 1.^a CRI de Presidente Prudente e transportada sob n. Av1 e Av2 da matrícula 538 desta comarca). Se este fato for elucidado, como forma orientativa a este oficial, certamente um dos grandes óbices estará resolvido para o futuro loteamento que se pretende registrar nesta comarca. Se se optar pelo cancelamento das penhoras anteriores sem ordem direta dos juízos que as emitiram que não a direta, pensamos que restará mais fácil o futuro registro deste e de outros casos.

II – DOS PRINCÍPIOS REGISTRAIS

Não há como se olvidar que em matéria de direito registral imobiliário, há forte base principiológica, e esta é fortemente arraigada na legislação, doutrina e jurisprudência pátria e estrangeira, motivo pelo qual se faz brevíssima análise a luz de seus princípios.

Nada melhor que começar com o magistério de Afrânio de Carvalho (*Registro de imóveis*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 203). O ilustre doutrinador ensina-nos, no que pertine a questão aqui apresentada ao princípio da especialidade a seguinte lição:

“O princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado. Esse princípio, consubstancial ao registro, desdobra o seu significado para abranger a individualização obrigatória de: a) todo imóvel que seja objeto de direito real, a começar pelo de propriedade, pois a inscrição não pode versar sobre todo o patrimônio ou sobre um número indefinido de imóveis; b) toda dívida que seja garantida por um direito real, pois a quantia não pode ser indefinida, mas certa, expressa em moeda nacional.”

“Esses requisitos são os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel, isto é, para determinar o espaço terrestre por ele ocupado. Os dados devem encadear-se em menção descendente, de modo que, em gradativa aproximação, acabem por localizar o imóvel.”

Continua, ainda (op. cit., p. 215):

“Se ocorrerem sucessivos seccionamentos, após cada um deles se conhecerá plenamente o remanescente do imóvel, quanto em sua figura geométrica, como em sua área. Assim se tornará possível, a qualquer momento, o controle da disponibilidade imobiliária do titular pelas medidas lineares e pela superfície do imóvel.”

Por certo que a especialidade é mitigada com a expedição de títulos de domínio, se estes entendidos como aquisição originária, mas mesmo não o sendo, há inúmeras matrículas e transcrições abertas nos 3.º e 4.º perímetros de Presidente Prudente, oriundas de ações discriminatórias com trânsito em julgado que contam com cadeias filiatórias que levam, a fé pública ser de rigor abalada em caso do não reconhecimento de quase um século destas mesmas cadeias filiatórias, *não* canceladas pelas citadas ações discriminatórias que deram origem à matrícula 326 desta serventia registral imobiliária.

Mais que isso, outro princípio arraigado no imaginário popular, é o da *continuidade*. Não nos furtamos a nos socorrer mais uma vez do “velho”, porém impar magistério de Afrânio de Carvalho (op. cit., p. 253):

“O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente.”

Note que este Oficial tem, por certo, a clara noção da diferença entre as aquisições originárias e derivadas, mas se permitiu trazer a lição do mestre Afrânio para ilustrar o que posteriormente demonstrará. É certo que a doutrina especializada prescreve que a qualificação registraria para os títulos de aquisição originária não de ser mitigadas, pois é da natureza destes títulos em seu ingresso, pois não cria direito, apenas o declara.

Afrânio de Carvalho prossegue (p. 253):

“Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-lo no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. *Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público.*” (grifo nosso)

A confiança no sistema registral brasileiro é sabidamente reconhecida internacionalmente, justamente pelo emaranhado principiológico que estão agasalhados pela segurança jurídica, fazendo do Brasil um modelo de registrabilidade da propriedade imobiliária. É oportuno consignar que países como Espanha, China, Rússia, e Venezuela, com o fito de reconhecer direitos decorrentes da propriedade privada, estão em relação muito próxima ao modelo existente no Brasil.

III – DAS TERRAS DEVOLUTAS

O tema “terras devolutas” nos fez pesquisar diversos autores, como Helio Novoa (*Discriminação de terras devolutas*, São Paulo, Leud, 2000); Germano Resende Forster (*A privatização das terras rurais*, 1. ed., Barueri, Manole, 2003); Ângela Silva (*Terras devolutas*, Revista de Direito Imobiliário 14/42, São Paulo, Ed. RT, jul.-dez. 1984); Carlos Maximiliano e Gabriel de Rezende Filho (*Bens públicos patrimoniais. Terras devolutas. Escritura particular. Revista dos Tribunais* 175/488, São Paulo, Ed. RT, set. 1948); Vito José Guglielmi (*As terras devolutas e o seu registro*, Revista de Direito Imobiliário 29/86, São Paulo, Ed. RT, jan.-jun. 1992) e Luciano de Souza Godoy (*Direito agrário constitucional – O regime da propriedade*. 2. ed., São Paulo, Atlas, 1999).

Entre as definições encontradas sobre terras devolutas, a de Paulo Garcia (*Terras devolutas*, Belo Horizonte, Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958, p. 156) foi a mais abrangente, lecionando-nos:

“Em sentido genérico, terras devolutas são as que integram o patrimônio dos Estados, como bens dominiais. Em sentido restrito, são as terras que, ten-

do passado do domínio dos Estados, por força do art. 64, da Constituição de 1891, não se achavam, em 1850, no domínio particular nem haviam sido objeto de posse por qualquer do povo.”

E prossegue (p. 157):

“Significado Jurídico.

Ao que tudo indica, o conceito etimológico é o que mais se adapta ao conceito jurídico de terras devolutas (Vazio, desocupado, sem dono – do latim *devolvere*) – pedir a transferência para si de um benefício vago.”

Ao final conceitua como terras devolutas:

“a) as terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal; b) as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850; c) as que não estão no domínio de um particular, em virtude de um título legítimo. (...) O que deve imperar sobre o assunto é a legislação anterior à Constituição de 1891. O que passou para o domínio dos Estados foram as terras devolutas. E, para sabermos quais eram estas terras, temos que nos reportar à legislação antiga.”

O ilustre e estudioso Magistrado mineiro, acostumado com a lide diária do tema “Direito Agrário”, bem nos lecionou sobre o assunto, e, tem-se importante lição a ser tirada de seu magistério, em especial seu conceito. Não será objeto desta, discorrer sobre uma análise profunda sobre a teoria desenvolvida pela doutrina e jurisprudência pátria sobre as “terras devolutas”, mas mesmo que superficialmente, tenta-se trazer outras facetas a serem observadas sobre este intrigante tema.

IV – DO NÃO CANCELAMENTO DAS MATRÍCULAS ANTERIORES

Depois de todos os argumentos exarados por este oficial, nesta manifestação e na anterior retro mencionada sobre as duas suscitações inversas levantadas e já decididas por V. Exa, lembramos o notório histórico, com argumentos jurídicos sobre o caso em tela, feito pelo advogado das partes.

Reiteramos que *não* foram canceladas as matrículas que deram *origem* às áreas em tela, como a esmagadora doutrina e jurisprudência sobre o tema tratam o assunto, fato este já repetido naquela ocasião.

Mais uma vez, não é sem tempo lembrar ao ilustre advogado, que já demonstrou ser um estudioso do tema “ação discriminatória”, que julgamos correta tal falta de ação, isto é, o Juízo local *não* cancelar todas as matrículas anteriormente abertas em nome de inúmeros particulares, pois demandou muito

tempo entre o ingresso da ação e sua decisão final (mais de 40 anos, pelo que nos foi informado por advogados da região).

Repetimos, por conta disto, milhares de transcrições e matrículas foram abertas nas circunscrições anteriores, 1.º e 2.º CRI's de Presidente Prudente e anteriormente em Assis. Estas transcrições e matrículas abertas geraram efeitos jurídicos, para a população de boa-fé, adredemente lastreada na *fé pública* do que é emanado pelos Tabeliães e Oficiais de Registros Públicos. Oras, se um cidadão tem uma escritura registrada atualmente em 2013, não se imagina que o mesmo investigará a origem viciada de título que pode ter sido falsificado há quase *cem anos*, conforme palavras do ilustre Dr. Marcos Akira Misusake, representante do Ministério Público da Comarca de Presidente Prudente, feita pelo em seminário de regularização fundiária feito em maio de 2013 em Presidente Prudente, promovido pelo Itesp – *Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo “José Gomes da Silva”*.

V – DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE AS TERRAS DEVOLUTAS

A despeito de grande parte da doutrina posicionar-se sobre o assunto tendo a natureza jurídica das terras devolutas como aquisição originária, temos que estas formalizam a propriedade como título, ainda que meramente formal, *outorgando* ou *reconhecendo* a propriedade a determinado cidadão, quando seu título é outorgado pelo Estado a este, pois a terra é do domínio público, estadual ou federal.

A usucapião, por exemplo, sobre terras públicas é típico exemplo de problema que eminentes autores o conhecem, e aceitam, tema este já enfrentado por Ângela Silva (Terras devolutas, Revista de Direito Imobiliário 14/42, São Paulo, Ed. RT, jul.-dez. 1984); Carlos Maximiliano e Gabriel de Rezende Filho (Bens públicos patrimoniais. Terras devolutas. Escritura particular. *Revista dos Tribunais* 175/488, São Paulo, Ed. RT, set. 1948) e Arruda Alvim (Problemas registraes. Terras devolutas, usucapião. Contestação de ação reivindicatória. *Revista de Processo* 167/405, São Paulo, Ed. RT, jan. 2009), dizendo possível tal fato, apesar de existir forte doutrina em sentido contrário, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 534 p.).

A usucapião sobre as terras devolutas seria mecanismo apenas para afastar a formalidade da expedição do título de domínio? Ou seria meio para usar o reconhecimento do direito econômico que, em última análise, o Estado dar ao cidadão que preenche os requisitos da usucapião estipulados na Constituição Federal e no Código Civil seu direito reconhecido, cristalizado pelo tempo?

Seria este mecanismo fático não merecedor de guarida no ordenamento econômico-jurídico nacional? Não seria um caso de solução jus-econômica a ser reconhecido pelo ordenamento? Luciano Godoy (op cit., p. 103) reflete sobre o tema em sede de direito ambiental e as terras devolutas. Seus argumentos servem ao aqui desenvolvido, em face do potencial bloqueio econômico pelo autor citado, pela indisponibilidade por acarretar um bloqueio administrativo deletério ao desenvolvimento sustentável, olhando o problema pelo prisma econômico. O Direito não pode se divorciar da Economia, nem virar as costas para as realidades da vida contemporânea, ou brigar com os novos conceitos e valores. Assim pensa Dom Fernando P. Méndez González, Registrador da propriedade imobiliária em Barcelona, Espanha, em recente palestra proferida nas III Jornadas Institucionais da Anoreg-SP em 14 de junho do corrente ano.

Estas reflexões iniciais conduzem outros questionamentos. Teria o registro de um título de domínio expedido pelo Estado ao particular o condão de resolver, de extinguir direitos reais de garantia, ou constrições judiciais ou legais, transformando garantias econômicas largamente aceitas secularmente em categorias de meros direitos obrigacionais? Uma segunda questão emerge: “Não ofenderia, o já apregoado por Afrânio de Carvalho, como a fé pública inscrita no Registro Imobiliário?”

Caso a resposta a primeira indagação seja dogmaticamente negativa, em consonância com a ampla doutrina majoritária, que não se coaduna com o caso em tela (o *não* cancelamento de todas as matrículas/transcrições de origem viciada), não teríamos um grande aumento dos pleitos jurisdicionais dos credores tabulares contra os titulares tabulares, a exemplo do que já ocorreu na comarca vizinha, Mirante do Paranapanema?

A cada resposta, ou posicionamento doutrinário ou mesmo jurisprudencial trazem outros questionamentos. Um posicionamento doutrinário simplista, baseado única e exclusivamente na dicção legal da Lei federal 6.383, de 07.12.1976, leva a determinada situação econômico-jurídica. Fato é que bem mais fácil para este Registrador Imobiliário da Comarca de Pirapozinho, o cancelamento dos ônus, que seriam determinados por V. Exa., com a consequente abertura de matrículas limpas, puras, sem gravame qualquer, quer penhoras, indisponibilidades ou garantias reais, deixando para o Judiciário toda a sorte de problemas vindouros. O tráfego imobiliário, por certo, seria muito mais célere, fazendo com que grande número de titulares de propriedades gravadas com toda a espécie de ônus, “correria” para o município para a expedição de seu título, “limpo e puro”. O problema seria enorme volume de ações patrocinadas pelos credores, particularmente os Bancos, grandes fomentadores do crédito agrícola em nossa região. Aliás, seria um duplo problema, a mitigação

do inscrito no fôlio real (gerando ai sim, insegurança jurídica) e o não fomento do crédito agrícola na região do Pontal do Paranapanema.

Preocupa-se, entretanto, este Registrador Imobiliário com o sentido econômico-jurídico da situação do Pontal do Paranapanema, e todas as ações discriminatórias interpostas na região, quer com trânsito em julgado favorável ao Estado ou não, quer ainda em andamento, pois o judiciário estadual tem responsabilidade neste “século” de matrículas/transcrições “válidas para a população” com vida jurídica, vez que não extirpadas do sistema, e conforme art. 252 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos (“Art. 252. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”), continua a produzir seus efeitos. Se produzem seus efeitos, tem, por certo, reconhecimento popular, baseando-se em escrituras públicas e títulos registrados. Noutro sentido, deixou o Estado, particularmente a Procuradoria do Estado de São Paulo, sabiamente a situação fática correr, reconhecendo que os direitos obrigacionais, fortemente lastreados na matriz predial da região, é mola motriz econômica desta mesma região, tal a importância deste. Não negligenciou tais fatos, não desconstituiu todas as matrículas/transcrições da 10.^a Região Administrativa do TJSP, apesar de haver movimento popular para tal, sói como ocorre corriqueiramente em nossa região, como as deletérias invasões das propriedades rurais, sem se saber onde poderiam as reivindicar como terras públicas.

Destacam-se, portanto, duas correntes sobre o tema. A primeira, a tradicional e majoritária, baseando-se na ação discriminatória, como originadoras de terras do Estado, como terras devolutas, iniciais, originárias, devendo cancelar todas as matrículas que colidam com estas. Corrente capitaneada por inúmeros doutrinadores, como os já citados Vito José Guglielmi, Hélio Novoa, Germano Rezende, e em parte por Paulo Garcia, Luciano Godoy e Ângela Silva.

A segunda corrente, moderna, porém minoritária ainda, capitaneada pelo eminente Des. Ricardo Henry Marques Dip, reconhece que as ações discriminatórias tem como pressuposto a legitimação de posse, como modo *derivado* de aquisição onde os possuidores, detentores de matrículas/transcrições são alçados à condição de proprietários tabulares, tendo o Estado a obrigação de titular tais imóveis a quem é possuidor ou proprietário tabular com posse, *não* extirpando as obrigações reais, constrições de todo o tipo, já inscritas no fôlio real (Processo CGJ, j. 14.03.1086, fonte 71939/84, localidade: Presidente Epitácio, Rel.: Ricardo Henry Marques Dip). Ângela Silva, Arruda Alvim e Paulo Garcia curvam-se a esta corrente ao reconhecer a usucapião possível mesmo em terras devolutas. Já Luciano Godoy curva-se ao problema de se procurar o

desenvolvimento sustentado para as terras devolutas. Dom Fernando P. Méndez González analisa o registro pelo viés jus-econômico. Os sistemas tedesco e espanhol ao lado do brasileiro sofrem significativas mudanças nesta década de 2010, transformando o direito registral imobiliário não mais em um fim em si mesmo, mas em meio para se chegar a um fim social, assegurando segurança jurídica aos titulares tabulares. As recentíssimas decisões da Corregedoria Geral de Justiça, na atual gestão 2012-2013 assim corroboram com o aqui exposto. Não é demais lembrar que a processualística civil passou por semelhante processo em passado recentíssimo, instrumentalizando o processo, e não o ultimando como um fim em si mesmo.

Correta ao nosso sentir, portanto, a segunda corrente, numa abordagem econômica do problema, pois direito e economia na seara registral têm o mesmo objeto de estudo, ou seja, teleologicamente o aproveitamento do fato social, do justo, a evitar menores danos aliada a segurança jurídica.

O Poder Público municipal ao titular as áreas urbanas em convênio com os municípios envolvidos no “problema”, juntamente com o Itesp, optou pela via tradicional, isto é, tituló aos possuidores fáticos, em estrita obediência à legislação posta, albergada pela tradicional primeira corrente anteriormente citada, fazendo com que os títulos de domínio emitidos ingressassem rotineiramente nos registros de imóveis de cada comarca da região sendo quase imunes a qualificação registral e efetivados seus registros.

Não se cuida de ao inaugurar nova matrícula, cancelar as anteriores baseada na viciada cadeia dominial, para que não haja duplicidade matricial, que efetivamente ocorreu, fato este explicado anteriormente, plenamente justificável. Em resumo, deixou-se no mundo jurídico uma nova cadeia dominial lastreada no título de domínio com força de aquisição originária e outra cadeia *sem cancelamento*, que *continuariam a produzir efeitos* no mundo jurídico.

Os Registradores Imobiliários da 10.^a Região, no que se inclui este da Comarca de Pirapozinho, tentam baseado no controle da especialidade objetiva e da disponibilidade a melhor solução ao caso.

O momento de sanar esta duplicidade, que porventura venha a ocorrer, é no ingresso destes títulos, e não deixar simplesmente o Judiciário com mais trabalho, talvez se impetrando milhares de ações judiciais para provar quem tem melhor título, instaurando-se um volume de futuras ações desnecessárias. Acresce-se a isso a função do Oficial de Registro Imobiliário que é bem observar a principiologia jurídica-registral, neste caso, a especialidade objetiva e a continuidade, princípios a que todo oficial deve obediência, tal a importância destes e de todos os outros, no exercício de sua função.

VI – DA SEGURANÇA JURÍDICA

Repetiremos o dito em manifestação de dúvida anteriormente citada: “O procedimento de expedir títulos de domínio para o correto ingresso neste fôlio real de títulos sãos, é louvável, desejável, e porque não dizer, necessário ao saneamento da situação fundiária urbana deste município. É este o objetivo deste Oficial”.

O ilustre advogado apregoa que haveria insegurança jurídica com a pretensão atuação deste oficial. Engana-se. O fato de não protocolar título e suscitar “dúvida inversa” denota o desconhecimento da seara registral imobiliária, tal qual este Oficial desconhece a correta processualística civil, por não ser sua lide diária.

Para efetivar-se tal registro, seria necessário resolver outra questão, que se verá no próximo tópico.

VII – DA REMISSÃO

A E. Corregedoria Geral de Justiça tem tratado o tema de forma oscilante conforme as últimas cinco decisões (em anexo). Portanto, cabe a firme orientação de Vossa Excelência para orientar este Oficial na forma a ser tratada as arrematações.

Cita-se, por exemplo, a orientação de se obter expressamente o cancelamento das penhoras no julgado de 12.07.2012, onde:

“Execução trabalhista. Arrematação. Penhora – Justiça Federal. Hipoteca cedular. Cédula hipotecária – Crédito comercial. Penhora fiscal – Indisponibilidade de bens.

Registro de Imóveis – Registro de carta de arrematação expedida pela Justiça do Trabalho – Permanência da inscrição de penhoras oriundas de Justiça Federal e Comum, bem como de hipoteca – Alienação voluntária do bem arrematado a terceiro – Permanência das restrições – Necessidade de levantamento das penhoras e anuência do credor hipotecário pelo fato da garantia real decorrer de cédula de crédito comercial hipotecária – Recurso não provido.”

(Acórdão CSMSP, j. 19.07.2012, DOE 25.09.2012, Fonte 0003288-37.2009.8.26.0358, localidade Mirassol, rel. José Renato Nalini)

“Arrematação – Modo originário de aquisição. Continuidade – Especialidade subjetiva.

Registro de Imóveis – Arrematação – Modo originário de aquisição da propriedade – Princípios da continuidade e da especialidade subjetiva – Aplicação descartada – Carta de arrematação – Título hábil a ingressar no fôlio real – Desqualificação afastada – Dúvida improcedente – Recurso provido.”

(Acórdão CSMSP, j. 20.09.2012, DOE 01.11.2012, fonte 0018138-36.2011.8.26.0032, localidade Araçatuba, rel. José Renato Nalini)

“Arrematação – Indisponibilidade bens – Inalienabilidade. Penhora – Fazenda Nacional. Alienação voluntária.

Registro de Imóveis – Dívida inversa – Imóvel penhorado com base no art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991 – Indisponibilidade que obsta apenas a alienação voluntária – Possibilidade do registro de Carta de Arrematação – Recurso provido.”

(Acórdão CSMSP, j. 19.07.2012, DOE 27.08.2012, fonte: 0004717-40.2010.8.26.0411, localidade: Pacaembu, rel. José Renato Nalini)

“Dúvida prejudicada – Exigências – Concordância parcial. Carta de arrematação. Continuidade.

Registro de Imóveis – Dívida julgada procedente – Negativa de registro de carta de arrematação – Imóvel de pessoa jurídica, sendo que o título foi expedido em face de pessoa diversa – Irresignação apenas parcial que prejudica a dívida e impede o acolhimento do recurso – Necessidade, ademais, da comprovação de substituição ou sucessão da executada – Apresentação de documentação extemporânea – Obediência ao princípio da continuidade – Recurso não provido.”

(Acórdão CSMSP, j. 19.07.2012, DOE 29.08.2012, fonte 0003111-74.2010.8.26.0411, localidade Pacaembu, rel. José Renato Nalini)

“Registro de Imóveis – Carta de arrematação – Não quitação do imposto de transmissão – Documento (IPTU) não apresentado – Impossibilidade de determinações à municipalidade em sede de processo administrativo – Inviabilidade do registro na falta da prova da regularidade tributária e documental – Recurso não provido.”

(Acórdão CSMSP, j. 19.07.2012, DOE 26.09.2012, fonte 0038442-73.2011.8.26.0576, localidade São José do Rio Preto, rel. José Renato Nalini)

Firme é a orientação da CGJ de se exigir do arrematante os cancelamentos da penhoras, gravames outros como hipotecas, ou indisponibilidades, para deixar a matrícula sem ônus ou dúvidas para o leitor não afeito as práticas registrais.

VIII – CONCLUSÕES

A função deste Oficial é permitir o ingresso de títulos, quer particulares, públicos ou judiciais, dentre os quais, títulos de domínio, e mandados ou sentenças de arrematações, e o faz rotineiramente. A observação do princípio da lega-

lidade, cabível ao caso em que se mostrou na pretensa “devolução” a ser feita por este Oficial, mostra-se que poderia não ser suficiente para tal desiderato.

Enfatizamos que não é função de este oficial dizer o que o apresentante tem de fazer ou não fazer. É função, sim, orientar a que os títulos tenham ingresso com segurança junto as serventias registrais imobiliárias, no caso o Serviço Registral Imobiliário de Pirapozinho. Repise-se, fazer com que os títulos trafeguem com *segurança jurídica*, em prol da já apregoada *boa-fé dos cidadãos que há um século confia nos registros públicos paulista*.

Não se está advogando em favor de qualquer das futuras apresentantes, quer a empresa GRM Incorporadora Ltda. ou a empresa Santa Paula Incorporadora, mas o que se pretensamente se pretenderá é ver vencida a antinomia surgida pelo ingresso, que reputo justo, de sua documentação.

Dentre as várias funções do registro de imóveis está o de evitar conflito e transmitir segurança aos atos transmissivos, constitutivos, ou extintivos de direitos admitidos a registro. Este, MM. Juiz Corregedor, seria o motivo de nota devolutiva, num exercício de futurologia, diga-se de passagem, pois título algum foi apresentado. Por fim, na forma do Provimento 11, a parte deve prenotar o título para qualificação, sob pena de extinção do procedimento administrativo de dúvida.

Pirapozinho, SP, 04 de julho de 2013.

Izaías Gomes Ferro Júnior

Oficial Registrador.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dúvida inversa. Manifestação do registro. Prenotação, de Sérgio Augusto Nigro Conceição – RDI 45/156; e
- Dúvida inversa prejudicada. Cópia autenticada. Título inidôneo, de Sérgio Augusto Nigro Conceição – RDI 45/170.

**PARECER SOBRE PROPOSTA ENCAMINHADA
PELO CNB-SP À CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO (CG 2013-7 339)**

SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito Civil pela Unesp. Especialista em Direito Registral pela Universidade de Córdoba, Espanha. Professor assistente do 1.º Curso de Pós-graduação *lato sensu* – Especialização em Direito Notarial e Registral Imobiliário da Escola Paulista da Magistratura do TJSP. Reitor da Universidade do Registro de Imóveis – Uniregstral. Membro da Comissão Especial para Gestão Documental do Foro Extrajudicial – Conarq. Ex-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib. 5.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, Capital.

ÁREA DO DIREITO: Internacional, Imobiliário e Registral

SUMÁRIO: 1. Determinando precisamente o objeto do pedido – 2. Antecedentes pátrios da reserva de prioridade – 3. As grandes distâncias do império – 4. A repristinação da reserva de prioridade – 5. O Projeto Ruy Còdo – PL 5.830, de 16.12.1981 – 6. Projeto Jarbas Lima – 7. Anteprojeto de Lei de Melhim Namem Chalhub – 8. A certidão acautelatória – 9. A reserva de prioridade no exemplar sistema argentino – 10. Prioridade e suas manifestações no sistema argentino – 11. Conclusões – 12. Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo – 13. Bibliografia recomendada

O Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, encaminhou à E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo proposta de criação de mecanismo de bloqueio de registro após a expedição de certidão de matrícula a pedido de tabeliães de notas ou de seus prepostos.

O requerimento foi subscrito pelo ilustre Presidente, Dr. Mateus Brandão Machado, em data de 17 de janeiro do corrente ano.

Salvo melhor juízo, a adoção da medida é inteiramente desaconselhável e a Arisp deverá manifestar-se, assim entendendo a sua ilustre Diretoria, contrária à iniciativa e isto pelas razões e fundamentos que abaixo indico.

1. DETERMINANDO PRECISAMENTE O OBJETO DO PEDIDO

Antes de mais nada, é necessário esclarecer que o pedido do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, visou a trasladar para o ambiente notarial e

registral brasileiro figuras que já se acham assentes em outros ordenamentos jurídicos – especialmente o argentino. Como veremos, trata-se de uma bela *ideia fora do lugar*.

Postula-se uma certidão de clausura ou de bloqueio do registro correspondente, impedindo “toda e qualquer prática de atos de registro ou averbação relativo (*sic*) àquele respectivo imóvel, respeitados 30 dias da certidão”.¹ A proposta leva à ideia de uma espécie de reserva de prioridade – embora sem nominar expressamente o instituto:

“O intuito é zelar pela efetividade real do princípio de prioridade registral. Ou seja, assegurar que aquele imóvel objeto do negócio jurídico que está sendo realizado perante um Tabelião de Notas fique vinculado tão somente àquela negociação imobiliária desde que no prazo de 30 dias” (*sic*, *idem*, *ibidem*).

Remata declarando que o pedido se harmoniza com o que já é “objetivado, de certa forma, pela central de indisponibilidade” (*idem*, *ibidem*).

Embora o requerente tenha centrado sua atenção no bloqueio registral – pela expedição da certidão de propriedade –, o que se busca, na verdade, é o controle da prioridade registral com a criação de uma reserva manejada pelos notários ou seus prepostos.

Vejamos em que consiste a medida proposta e quais os efeitos que a aplicação de tal instituto poderia acarretar em nosso sistema.

2. ANTECEDENTES PÁTRIOS DA RESERVA DE PRIORIDADE

A reserva de prioridade ocorre pioneiramente no Brasil.² Este fato é curioso e digno de nota. É possível identificar a previsão da reserva de prioridade no primeiro diploma legal brasileiro que regulamentou o Registro Geral de Hipotecas – Dec. 482, de 14.11.1846.

Vale a pena reproduzir o texto dos arts. 25 e seguintes do Decreto referido:

1. Requerimento firmado por Mateus Brandão Machado a 17.01.2013, em nome do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, do qual é presidente.
2. Possivelmente, inspirado pela dinâmica do sistema francês no século XIX. A inferência se faz a partir da citação feita pelo Visconde de Olinda em crítica oposta à redação do art. 30 do Projeto de Regulamento de Registro Hipotecário de 1846 que foi submetido, por decisão do Imperador Pedro II, à apreciação do Conselho de Estado do Império. A comissão se manifestou em parecer firmado a 02.10.1845 registrando que se não vislumbrava razões para diferenciar o procedimento para requisição das certidões positivas e negativas, já que o Código Civil francês não distinguiu. Voltaremos às conclusões do Conselho de Estado logo adiante neste texto.

“Art. 25. Nas certidões do registro de hypothecas que passarem, deverão os Tabelliães transcrever o teor não só do assento do mesmo registro, mas de todas as averbações e anotações a elle relativas, que existirem nos seus Livros, declarando em todas, a requerimento de quem forão passadas.

Art. 26. As certidões negativas que os ditos Tabelliães passarem, declarando que nenhuma hypotheca existe registrada no seu Cartorio, relativa a determinada pessoa, ou bens especial ou genericamente designados, só terão vigor por tempo de seis mezes, e só poderão ser passadas aos proprios donos dos bens que se acharem desembargados, ou a seus bastantes procuradores; devendo os Tabelliães que as passarem portar por fé, que são pessoas delles reconhecidas pelas proprias. E, durante o referido periodo, não poderão passar segunda certidão negativa do mesmo teor, ainda que as partes alleguem terse-lhes desen-caminhado o primeira.

Art. 27. Os Tabelliães de Notas a quem taes certidões forem apresentadas, em prova de que se achão desembargados os bens a que ellas se referirem, os quaes pretendão hypothecar, são obrigados a encorporal-as nas escripturas de hypotheca dos mesmos bens, que passarem, guardando-as emmassadas, no seu Cartorio, com a competente averbação do Livro e folhas em que ficarem lançadas.

Art. 28. Se alguma escriptura de hypotheca for apresentada, para o registro, não vindo nella encorporada a certidão negativa, que se haja passado, relativa aos bens n'aquella hypothecados, o Tabellião exigirá da parte que a exhiba, e, se recusar fazer a exhibição, tomará o registro com esta declaração, mas tal registro não poderá prejudicar o outro, que posteriormente possa fazer-se, de escriptura de hypotheca, na qual appareça incorporada a referida certidão, huma vez que aquella tenha sido passada dentro dos seis mezes da validade d'esta.”

A legitimidade do requerente da certidão deveria ser cuidadosamente apurada pelo official do registro (art. 26), pois da simples expedição da certidão negativa irradiar-se-iam potentes efeitos de direito material (art. 28). A lei não se contentava com o fornecimento de certidão negativa (com efeitos de reserva de prioridade) a toda e qualquer pessoa; era ao proprietário que se deferia a expedição, a fim de que se evitasse a utilização da chave de trancamento do registro (certidão negativa) por terceiros com o fim eventual de prejudicar ou retardar a prática de atos no Registro Geral de Hipotecas.

Outro aspecto importante a ser destacado neste conjunto normativo é o momento de instauração dos efeitos das hipotecas em relação a terceiros. A preferência dos direitos reais se produziria com o registro da hipoteca (art. 13, *in fine* c/c art. 14), respeitada a ordem de protocolização do título (art. 11). A expedição de certidão negativa com efeitos de clausura era, igualmente, protocolizada (art. 22, n. 2).

Desde o nascedouro, pois, temos o efeito constitutivo do direito real de hipoteca decorrente do registro. O controle da prioridade (e, via de consequência, o estabelecimento da preferência do direito real) estaria a cargo do Registro Hipotecário. A eficácia constitutiva da hipoteca pelo Registro Hipotecário foi uma opção legislativa que remarcou, desde o nascedouro, o Registro de Imóveis brasileiro:

“Art. 14. Depois da instalação do Registro das hypothecas, em qualquer Comarca, os efeitos legaes das hypothecas dos bens n’ella situados, só começarão a existir da data do registro das mesmas hypothecas.”

A adoção do princípio da constitutividade do direito real pelo Registro rendeu controvérsias. A respeito do tema, Visconde de Olinda apresentaria um voto em destaque, que figura em parecer requerido pelo Imperador Pedro II, manifestando sua frontal discordância em relação aos efeitos constitutivos da hipoteca no Registro Hipotecário que vinha de ser criado pela Lei Orçamentária 413, de 1843:

“Sou de opinião que os efeitos da hypotheca devem começar a subsistir da data da escriptura, devendo-se marcar tempo, para se fazer o registro; e quando não seja feito dentro desse tempo, comece-se então a contar de sua data. Este methodo, além de ser mais conforme aos principios que dão os efeitos á hypotheca, e não ao registro, é menos susceptível de fraude, particularmente quando, lavrada a escriptura em uma Comarca, deva o registro ser feito em outra muito distante.”³

Este é o primeiro elemento a ser destacado para suporte das conclusões ulteriores: o sistema registral brasileiro foi inaugurado robustecido com a virtude de fazer nascer o direito real de hipoteca pelo registro – ao contrário do sistema argentino, como se verá.

Voltando à certidão negativa com efeitos de clausura, ela poderia referir-se: (a) a determinada pessoa – a indicar que o cartório deveria um bom sistema de indicador pessoal; (b) bens especializados ou genericamente designados. No caso dos bens, o Regulamento previu um Livro Índice “escripturado por ordem alfabetica, e por fôrma que facilite, sem equívoco, o conhecimento de todos os bens hypothecados que se acharem registrados no seu Cartorio” (art. 22).

Estimou-se o prazo de seis meses para validade da certidão negativa com efeitos de clausura do registro (art. 28). Nesse interregno, preservava-se a prioridade e a preferência dos direitos reais de acordo com a data e número de

3. Voto em separado do Visconde de Olinda no Conselho de Estado em reunião para discutir e aprovar o regulamento pra o Registro Geral das Hipotecas (02.10.1845?).

ordem alcançado com o lançamento no Livro Protocolo (art. 22 c/c 28 do Regulamento). Qualquer inscrição que se fizesse, sem apresentação da certidão negativa, acarretaria uma espécie de retro eficácia da prioridade se e quando o requerente original da certidão negativa apresentasse a registro sua escritura de hipoteca constituída no interregno legal (art. 28).

Vemos, pois, perfeitamente delineada, a tal certidão negativa de clausura e uma espécie de reserva de prioridade – ou mais precisamente: uma retroprioridade eventual nas hipótese prevista no Regulamento.

3. AS GRANDES DISTÂNCIAS DO IMPÉRIO

As razões da sua adoção no sistema registral brasileiro se justificavam plenamente. À época do advento do Dec. 482, em 1846, as grandes distâncias que mediavam os municípios e as comarcas do Império e o tempo que se levava para transpô-las em lombo de mulas ou barcos, representavam um alto risco para a segurança dos negócios jurídicos.

O peso das distâncias e do tempo se vê com clareza na disposição contida no art. 3.º do Regulamento em comento: os registros em comarcas limítrofes não tardariam mais do que o tempo necessário, contando-se a distância à razão de duas léguas por dia, ou o equivalente a 12 quilômetros (art. 3.º).⁴

A questão das grandes distâncias que separavam as várias comarcas do Império foi objeto de detida análise por parte dos juristas encarregados da redação do referido Dec. 482, de 1846.⁵⁻⁶ Uma comissão de juristas, congregados

4. “Art. 3.º As hypothecas que comprehenderem bens situados em diferentes Comarcas, serão registradas em cada huma dellas. O mesmo se praticará, quando a hypotheca, posto que limitada a huma propriedade ou fazenda, parte desta for situada em huma Comarca, e parte em outra. A data do primeiro registro que, em taes casos, se fizer em huma Comarca, marcará a epoca dos effeitos legaes da hypotheca, com tanto que o registro, nas outras Comarcas, se não demore, depois do primeiro, mais que o tempo necessario para nellas se effectuar, contando-se a distancia á razão de duas leguas por dia, do lugar do primeiro registro para o dos outros.”

5. A comissão encarregada da redação da minuta do regulamento era composta por Honório Hermeto Carneiro Leão, Visconde de Mont’ Alegre e pelo Bispo de Anemuria. Reunidos no Paço Imperial a 09.12.1844 propuseram a Sua Majestade D. Pedro II a redação que afinal restou consagrada, com modificações, no Dec. 482, de 1846.

6. A mesma questão das grandes distâncias foi o fator decisivo para a autorização excepcional da instrumentação notarial dada por dona Maria I no de Alvará de 30.10.1793. Dito Alvará tinha força de Lei – “este Alvará com força de lei (...)” – e aludia às circunstâncias peculiares da Colônia e à prática comum de se lavrar instrumentos

na Seção de Justiça do Conselho de Estado, elaborou um longo parecer justificando a opção regulamentar de se concentrar os atos em circunscrições imobiliárias definidas, aproveitando-se a divisão judiciária por comarcas, entregando a gestão do Registro Hipotecário ao tabelião especial.

Dizem seus autores que, à falta de outras divisões administrativas ou judiciárias criadas por lei, a Secção teve de examinar se o Registro deveria ser estabelecido por províncias, por comarcas, por termos ou por municípios. O texto é límpido e revelador, pois esclarece um aspecto que remanesce na base da definição da competência territorial do registrador imobiliário brasileiro até os dias de hoje. Vale a pena reproduzi-lo com a grafia da época:

“Esta ultima divisão, isto é, a de termos ou municípios, offereceu-se em primeira linha.

Concentrar o Registro em uma divisão mais limitada, e ao alcance das partes, foi a primeira idéa em que se fixou a Secção; porém ella teve de a rejeitar por differentes considerações importantes.

Não era possível crear-se em cada municipio um Conservador de hypothecas, ou um Tabellião privativo para o registro dellas, por serem em tão pequeno numero os actos que constituem hypotheca, e que teriam de ser registrados na maior parte dos municipios do Imperio, que officios limitados a taes funcções não poderiam certamente dar subsistencia aos empregados que fossem nelles providos.

Era forçoso annexar o Officio do Registro das hypothecas ao de Tabellião de Notas.

A dificuldade, porém, não ficava solvida, uma grande parte dos municipios do Imperio tem por Tabelliães de notas homens de crassissima ignorancia, quér nas disposições mais triviaes de Direito, quér mesmo na arte calligraphica.

Entregar a homens taes o Registro das hypothecas seria pôl-o em um chaos tal, que é de receiar que, em pouco tempo, se viesse a considerar como uma calamidade, para os credores e devedores hypothecarios, a criação de tal Registro.

Deve-se considerar que o estabelecimento de Registro de hypothecas importa necessariamente a concessão de uma tal ou qual jurisdicção ou autoridade conferida ao Registrador. Tem elle de deliberar sobre a validade dos titulos com os quaes se lhes requer o registro de hypothecas, ou de sua baixa e

particulares em virtude da distância entre as comarcas, falta de tabeliães e o “costume desta praça de se transacionar com instrumentos particulares”.

extincção. Certamente essa deliberação se deve limitar ao exame da existencia ou não existencia das formalidades externas prescriptas pelas leis a taes titulos; mas isso mesmo exige mais amplos conhecimentos que aquelles que se dão em grande parte dos Tabelliães dos municipios.

Outra consideração cumpre ter; e esta consiste na responsabilidade que têm os Registradores para com os credores e devedores hypothecarios.

São elles sujeitos a indemnizarem ás partes os damnos que lhes causarem; mas se, em grande parte dos Municipios, os Tabelliães não têm propriedade alguma, quér movel, quér de raiz, que possa garantir as indemnizações por elles devidas, essa responsabilidade ficará meramente nominal, ou pelo menos inutil para os credores e devedores, porque deverá limitar-se á penal, que é de si mesma insignificante no Imperio, onde até qui poucos exemplos se encontram de tal responsabilidade verificada em empregados prevaricadores.

Por todas estas considerações teve a Secção de rejeitar a idéa de estabelecer o registro das hypothecas em todos os Municipios do Imperio.

Então teve a idéa de estabelecer por Provincias; esta parecia propria a evitar a maior parte dos inconvenientes que ella havia ponderado no estabelecimento do Registro por Municipios.

Reduzidos os Conservadores de hypothecas ou Registradores a desoito, é provável que o numero de actos hypothecarios registraveis, que deviam concorrer em cada cartorio, fosse assaz avultado, para que os emolumentos do registro assegurassem decente subsistencia á taes empregados.

Com taes circumstancias é tambem provavel que, d'entre os concurrentes que solicitariam taes empregos, pudesse o Governo Imperial fixar sua escolha sobre individuos formados em direito, ou tendo delle os conhecimentos necessarios; e pudesse exigir que prestassem uma fiança avultada, ou que fossem possuidores de bens de raiz sufficientes, para assegurar ás partes as indemnizações que lhes fossem devidas.

Por mais consideráveis que fossem estas vantagens no entender da Secção, ella se viu forçada, a seu pesar, a renunciar tambem esta idéa, pela consideração do grave incommodo que se daria aos habitantes dos lugares remotos das grandes Provincias, forçando-os a fazerem o registro dos actos hypothecarios nas Capitaes dellas.

Talvez tudo se conciliasse, estabelecendo-se novas divisões ou circulos destinados ao registro hypothecario, sem attenção ás divisões já existentes, quér administrativas, quér judicarias; porém a Secção não julgou ser-lhe isso permitido; e portanto, obrigada a renunciar as idéas do estabelecimento do

registro de hypothecas por Provincias, e por Municipios ou Termos, viu-se na necessidade de adoptar a do estabelecimento por Comarcas.

Em verdade o registro assim estabelecido nem pode produzir as vantagens que se deveriam esperar do estabelecimento por Provincias, nem pode acautelhar todos os inconvenientes que são de receiar do estabelecimento por Municipios; é apenas um meio termo que colloca o registro nas Cidades e Villas que se consideram principaes, e onde por isso é presumivel que os Tabelliães sejam mais idoneos.

Deste modo, Senhor, a Secção explica á Vossa Magestade Imperial a preferencia que deu ao estabelecimento, por Comarcas, do registro das hypothecas, sem comtudo pretendel-o justificar completamente, porque ella é a primeira a reconhecer os seus defeitos já ponderados.”

Os juristas do século XIX tinham plena consciência dos objetivos que deveriam ser alcançados com a criação do Registro Hipotecário e conheciam perfeitamente as dificuldades que tal empresa enfrentaria.

Como se viu, a impossibilidade de se concentrar o Registro Hipotecário em uma divisão territorial mais estrita, levou a comissão a fixar a regra de anexação da atividade do registrador à do tabelião das cidades ou das vilas principais da comarca. O Registro Hipotecário não descenderia das notarias; serviu-se do profissional à falta de disponibilidade de outro gabaritado para este mister.

A fim de resguardar os interesses dos contratantes – que eventualmente deveriam lavrar suas escrituras nas capitais das províncias por exigência do credor hipotecário – a lei criou um mecanismo inteligente e eficaz para resolver um problema bem apanhado pelos juristas decimonômicos.

A certidão negativa com efeitos de clausura registral duraria até o advento Dec. 3.453, de 26.04.1865 que previu expressamente:

“Art. 231. Não serão incorporadas nas escripturas de hypotheca como até agora as certidões negativas de outras hypothecas.”

Com isso se aboliu, também, o mecanismo da retroprioridade.⁷

7. A mesma disposição regulamentar será traslada na reforma a cargo de Ruy Barbosa. Cfr. art. 208 do Dec. 370, de 02.05.1890. Vale registrar que Teixeira de Freitas, em resposta ao pedido feito pelo Ministério dos Negócios da Justiça, firmado a 13.12.1859 por João Lustosa da Cunha Paranaguá e Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos, afirmava, com perplexidade: “(...) se não temos hum systema de legislação civil completa, se as relações quotidianas da vida continuamente estremecem nas bases vacillantes de hum direito incerto; e se no sentido do regimen da publicidade, não temos dado outro passo senão o da criação do registro publico das hypothecas convencionaes,

Remanesceu, unicamente, o caso específico das hipotecas legais sujeitas à especialização e inscrição, que contam com prazo deferido para seu aperfeiçoamento. Dentro desse prazo não deveriam ser inscritas outras hipotecas do mesmo devedor e para esses casos a lei criou um Livro Especial para uma espécie de reserva de prioridade.⁸

4. A REPRISTINAÇÃO DA RESERVA DE PRIORIDADE

Abandonada a ideia da retroprioridade e da certidão negativa com efeitos de clausura vigentes na primeira temporada do regime hipotecário brasileiro, a reserva de prioridade, agora francamente inspirada no sistema registral argentino, seria intentada pelo legislador brasileiro em dois projetos de lei e um anteprojeto que acabaram arquivados sem maiores resultados. Vamos a eles.

5. O PROJETO RUY CÔDO – PL 5.830, DE 16.12.1981

O PL 5.830, de 1981, foi apresentado pelo Deputado paulista Ruy Codo a 16.12.1981 visando a introdução da reserva de prioridade no Brasil, medida que reputava de grande alcance e profundidade no que concerne à segurança dos negócios imobiliários.

No Projeto previa-se o trancamento provisório da matrícula do imóvel funcionando a medida “como um mecanismo de bloqueio da matrícula de imóvel propiciando evitar surpresas posteriores pela prática de estelionatos de toda ordem”.

O Deputado paulista buscava inspiração na legislação notarial e registral argentina, que reputava mais desenvolvida e avançada que a pátria:

e esse mesmo misterioso, como se vê no Regulamento de 14 de novembro de 1846, eivado de antigos preconceitos, e tão avaro nas certidões negativas?”. FREITAS, Augusto Teixeira. Parecer de 11.3.1860. In: Reforma Hypothecaria – Projectos e pareceres mandados coligir pelo Exmo. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios de Justiça João Lustosa da Cunha Paranaguá. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1860. p. 110.

8. A Lei 1.237, de 1864, apontaria o rumo no futuro: as hipotecas legais ou convencionais somente se regulariam pela prioridade e esta seria determinada pela data ou pela inscrição (art. 2.º, § 9.º). Ocorre, contudo, que as hipotecas legais sujeitas à especialização, bem como as hipotecas judiciais, representavam uma exceção à regra da prioridade direta pela inscrição. As referidas hipotecas seriam prenotadas em um livro especial (Livro 2 – inscrição especial – art. 26 do Dec. 3.453, de 1865). No dito regulamento, a partir do art. 144, é disciplinada a regra dessa espécie de reserva de prioridade que se manteve no sistema (cfr. art. 152 do Dec. 3.453/1865).

“É instituto encontrável nas legislações notariais e registrais mais avançadas, como é o caso da vizinha Argentina (Lei n. 17.801, de 28 de junho de 1968), inegavelmente pátria de eminentes mestres nesta matéria.”⁹

E mais adiante, repercutindo o mesmo sistema notarial e registral argentino, diria que o interregno entre a configuração do negócio jurídico e o registro seria um “período angustioso”.¹⁰

“A reserva de prioridade dará aos contraentes, durante o prazo de sua eficácia, ou seja, durante o período angustioso que medra desde a configuração do negócio jurídico até seu ingresso no Registro Imobiliário, ampla defesa aos ataques de terceiros que, pela própria publicidade inerente aos registros públicos, terão pleno conhecimento da reserva requerida e, portanto, da presumível mudança na titularidade do imóvel.

Como se vê, trata-se de aperfeiçoar o vigente diploma legal regulador dos registros públicos, a fim de propiciar maior segurança às transações imobiliárias, o que certamente virá atender aos interesses de toda a nação.”¹¹

Inovando o sistema registral pátrio, o projeto visava colocar nas mãos do notário o controle da prioridade registral. Os interessados lançariam mão da ferramenta se o desejassem. Seria, pois, um direito facultativo criado em favor dos interessados em atenção à segurança jurídica.

O mais curioso desse projeto era buscar assentar a justificativa na ereção de “verdadeira barreira ao flagelo da proliferação de loteamentos clandestinos que tanto tem infelicitado as populações de baixa renda”.

Não deixa de ser curiosa a associação sibilina dos parcelamentos clandestinos à reserva de prioridade notarial. Aparentemente, visava-se atingir, indiretamente, a regra consagrada nos diplomas legais que previam, como se sabe, desde o ano de 1937, a instrumentalização privada.¹² Parece haver uma asso-

9. Justificativa do PL 5.830 no *Diário do Congresso Nacional* de 15.01.1982, p. 174, col. 1.

10. A expressão se origina de um texto que faria fortuna e inspirou o legislador argentino de 1968, além de servir de base para todas as discussões relacionadas com a reserva de prioridade. Trata-se de *La angustiosa prioridad*, do notário espanhol Santiago Pelayo Hore. O texto é uma peça literária que merece ser lida. Voltaremos ao texto doutrinário mais adiante.

11. *Idem*, *ibidem*.

12. A massificação do instrumento particular ocorreu com o compromisso de compra e venda, criação do Dec.-lei 58, de 1937 (art. 11) modelo contratual que se repetirá

ciação indevida entre instrumentalização privada e o “flagelo da proliferação de loteamentos clandestinos”, fato que nunca se provou empiricamente.¹³ O Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Ruy Côdo restringia-se exclusivamente à atuação notarial.¹⁴ A intenção manifesta-se nesta passagem:

“Isto porque o Tabelião de Notas, sob pena de sua responsabilidade civil com relação ao ato que pratica, só lavrará o negócio jurídico se, de posse da certidão passada pelo Oficial do Registro Imobiliário, com Reserva de Prioridade, dela verificar tratar-se de imóvel em condições de ser alienado sem riscos para o comprador que, resguardado, também, pela medida proposta (Reserva de Prioridade) terá a mais absoluta segurança na realização do negócio imobiliário.”

Na apresentação do seu Projeto a plenário, a 16.12.1981, assim se manifestava o Deputado:

nos diplomas sucessivos. Para uma visão do cenário da contratação privada no Brasil, consultar: JACOMINO, Sérgio. O instrumento particular e o Registro de Imóveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACHIO, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1.156 et seq.

13. As escrituras tabelioas de compra e venda de frações ideais (condomínios civis voluntários) eram lavradas regularmente por notários – malgrado o fato de que sobre eles sempre pesasse o fato indiciário de reiteradas fraudes. A proliferação da prática levou a Corregedoria-Geral de Justiça a impor regras mais rígidas para a lavratura de tais escrituras. Cfr., a propósito, o item 151, Cap. XX, das NSCGJSP: “É vedado proceder a registro de venda de frações ideais, com localização, numeração e metragem certa, ou de qualquer outra forma de instituição de condomínio ordinário que desatenda aos princípios da legislação civil, caracterizadores, de modo oblíquo e irregular, de loteamentos ou desmembramentos”.
14. O PL 5.830/1981 inclui um número no art. 167, II, da Lei 6.015 prevendo a averbação de requerimento de reserva de prioridade: “16 – o requerimento assinado por Tabelião de Notas solicitando expedição de certidão de imóvel, com Reserva de Prioridade, durante 20 (vinte) dias, para negócio jurídico que deverá ser celebrado em suas notas, indicando a natureza do negócio e o nome das partes”. Incluía, igualmente, uma alteração no art. 225 da LRP indicando que “os Tabeliões de Notas poderão, a pedido dos interessados, requerer a certidão a que se refere este artigo, indicando, por escrito, o negócio jurídico pendente em suas notas, o nome dos interessados e, pelo prazo de 20 (vinte) dias da data da prenotação do requerimento, a Reserva de Prioridade de que trata o n. 16 do inciso II do artigo 167 desta Lei. § 2.º A certidão do Registro Imobiliário, com pedido de Reserva de Prioridade a que faz referência o parágrafo anterior, deverá ser expedida dentro do prazo de 5 (cinco) dias e será lavrada em inteiro teor, mencionando-se todos os ônus vigentes e incidentes sobre o imóvel”.

“Ninguém ignora que a quantidade de grileiros espalhados por todos os rincões deste País se acentua mais nas grandes cidades. Vale dizer que São Paulo é campeão nesse sistema de grilagem de terras, razão pela qual estou apresentando Projeto de Lei que introduz alterações na Lei dos Registros Públicos.”¹⁵

O Projeto tramitou de maneira remansosa e afinal foi arquivado em 1983, nos termos do art. 116 do Regimento, por deliberação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.¹⁶

Gostaria de destacar deste projeto algumas ideias que serão exploradas mais adiante:

a) Requerimento de reserva de prioridade com trancamento do registro à imagem e semelhança do sistema argentino,¹⁷ “pátria de eminentes mestres nesta matéria”;

b) Tutela e proteção da gestação de negócios “durante o período angustioso que medra desde a configuração do negócio jurídico até seu ingresso no Registro Imobiliário”. Trata-se de um período em que o negócio, não formalizado, acha-se “em gestação”.

c) Uso da expressão “período angustioso” para justificar a medida.

6. PROJETO JARBAS LIMA

A 06.08.1996 a matéria voltaria à baila por meio do PL 2.219, de 1996. Apresentado pelo Deputado gaúcho Jarbas Lima, o Projeto traria a marca dos estudos realizados por registradores e juízes gaúchos – notadamente João Pedro Lamana Paiva e Décio Antônio Erpen – que tiveram ocasião de defender a figura da reserva de prioridade em vários artigos doutrinários, palestras¹⁸ e este

15. *Diário do Congresso Nacional* 1, de 19.12.1981, p. 15157, col. 2.

16. *Diário do Congresso* 1S, de 03.02.1983, p. 155, col. 1.

17. No sistema argentino não se pode falar propriamente em “trancamento” do Registro, cujas portas mantinham-se abertas a outros títulos, graduados os direitos conforme regra da própria lei, como se verá abaixo.

18. PAIVA, João Pedro Lamana; ERPEN, Décio Antônio. *Da transação imobiliária – Uma aventura jurídica – Reserva de prioridade*. Porto Alegre: Irib/Safe, 1997. p. 311. Cfr. também ERPEN, Décio Antônio. A reserva de prioridade e o Registro de Imóveis. *Boletim do Irib em Revista* 332/29. São Paulo: Irib, jul.-set. 2007; PAIVA, João Pedro Lamana. A reserva de prioridade e o Registro de Imóveis. *Boletim do Irib em Revista*. 332/32. São Paulo: Irib, jul.-set. 2007.

último, Desembargador do TJRS, chegou a consagrar o instituto na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul quando Corregedor-Geral daquele Estado.¹⁹⁻²⁰

O registrador João Pedro Lamana Paiva assumiu a autoria do anteprojeto e reconheceria que o PL 2.219, de 1996, fora elaborado a partir das discussões da Escola Gaúcha de Direito Registral:

“No Rio Grande do Sul, um grupo de gaúchos, preocupados com a segurança jurídica do imóvel, elaborou e encaminhou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei dispendo sobre reserva de prioridade, que resultou no Projeto de Lei 2.219, de 1996, e introduziu na Consolidação Normativa Notarial e Registral a certidão acautelatória.”²¹

O PL 2.210, de 1996, inovaria o âmbito de incidência do instituto em relação ao Projeto anterior. Agora, além dos notários, também os escrivães judiciais (art. 1.º c/c 3.º, § 1.º) e as partes contratantes que optassem por instrumento particular (art. 2.º, § 3.º c/c 3.º, § 2.º) poderiam lançar mão do mecanismo da reserva de prioridade.

19. “Art. 298. Para os fins da cautela almejada, as partes interessadas e/ou o Tabelião, solicitarão ao Oficial do Registro de Imóveis, por escrito, certidão da situação jurídica do imóvel, assinalando sua finalidade, se para alienação ou oneração. A solicitação indicará as partes contratantes e a natureza do negócio. § 1.º O requerimento da certidão será protocolada no Registro de Imóveis. Após extraída, sua expedição será averbada na matrícula ou à margem da transcrição do imóvel. § 2.º O prazo de validade, que é de 30 (trinta) dias a contar da expedição, constará da averbação. § 3.º Na eventualidade de ser expedida nova certidão, nela deve constar a averbação da respectiva matrícula ou transcrição. § 4.º Os efeitos da averbação cessarão automaticamente decorridos 30 (trinta) dias ou antes, por cancelamento, a pedido das partes requerentes. § 5.º A expedição da certidão acautelatória, acerca da situação jurídica do imóvel no Registro de Imóveis decorre, sempre, do interesse das partes, dependendo, pois, de requerimento expresso nesse sentido.”

20. A experiência não logrou o êxito esperado. Segundo os registradores gaúchos o art. 298 da Consolidação gaúcha é letra morta. Segundo depoimento do respeitado registrador Mário Pazutti Mezzari, em conversa pessoal com este parecerista no dia 12.04.2013, indicou que o instituto não teve aplicação prática que se esperava. Desde o ano em que se implantou a reserva de prioridade no Rio Grande do Sul, não se averbou qualquer pedido nesse sentido na Serventia sob sua responsabilidade (Pelotas). Segundo ele, o fracasso do instituto se deveu a duas razões básicas: (1) desinteresse das partes e de notários devido, em parte, a (2) demora no exame do pedido de averbação e a prática do ato pelos registradores.

21. LAMANA PAIVA, João Pedro. A reserva da prioridade e o Registro de Imóveis. *Boletim Eletrônico do Irib*. n. 3.190. 09.11.2007.

No mais, os argumentos se repetem:

- a) Apoio e fundamentação do projeto na exitosa experiência argentina;
- b) Cobertura do *gap* entre a lavratura da escritura e o registro – no interregno que a doutrina enxerga a gestação de negócios;
- c) A superação da “lei do mais rápido” por mecanismos racionais.²²

O PL 2.210, de 1996, teve a mesma sorte do antecessor: a 02.02.1999, por deliberação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados foi arquivado.²³

7. ANTEPROJETO DE LEI DE MELHIM NAMEM CHALHUB

Melhor orientado e esclarecido, o jurista Melhim Namem Chalhub tomou partido da ideia e encorajou-se a redigir um Anteprojeto de Lei em que propunha a adoção da reserva de prioridade, porém situações muito singulares. Inovando em relação aos projetos anteriores, cingiu-a às operações de securitização de créditos. Assim justificou seu Anteprojeto de Lei:

“A securitização de créditos imobiliários, instituída pela Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, constitui mecanismo indispensável para a captação de recursos para ativação do mercado imobiliário. Para cumprimento de sua função econômica e social, a securitização pressupõe celeridade na emissão de títulos de crédito lastreados em direitos reais e sua livre circulação no mercado. De outra parte, um dos princípios basilares da citada lei é a segurança jurídica do negócio, que decorre do assentamento, no Serviço do Registro de Imóveis, dos contratos de cessão de crédito e dos termos de securitização em que tenha

22. A ideia, uma vez mais, é originária do texto de Santiago Pelayo Hore, que alude, em tom de blague, a um *princípio de velocidade*. Voltemos ao projeto. Diz seu autor: “A experiência do sistema de registro imobiliário, no Brasil, tem demonstrado que a ‘lei do mais forte’, derogada pelo estabelecimento do Estado de Direito, vem sendo substituída pela ‘lei do mais rápido’. Isto porque, não basta ser diligente. Há que ser também muito rápido e contar com uma boa dose de sorte para lograr a proteção registral, uma vez que é frequente estabelecer-se uma verdadeira corrida ao Cartório, em que competem direitos divergentes, baseados em documentos de origens diversas” (Justificação do PL 2.219, de 1996, de autoria do Deputado Jarbas Lima). A referência da *lei do mais rápido* é mais uma indicação das origens da proposta. Neste caso, uma leitura de segunda mão. Nestes mesmos termos manifestou-se García Coni: “La carrera documental hacia el registro no debe significar el reemplazo de la selvática ley del más fuerte por la del más rápido”. GARCÍA CONI, Raúl R. *Registración inmobiliaria argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1983. p. 18.

23. Dcds 03.02.1999, p. 90, col. 1.

sido constituída a titularidade fiduciária sobre os créditos que garantirão os Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI.

Os assentamentos previstos pela Lei n. 9.514/1997, no processo de securitização, são os seguintes:

a) averbação da cessão de crédito na matrícula do imóvel que constitui a garantia do crédito (art. 8.º, I: o termo de securitização deverá indicar o número do registro do direito real garantidor do crédito);

b) averbação do termo de securitização, quando a securitização se fizer com regime fiduciário (art. 10, parágrafo único).

Sucedem que os imóveis das garantias dos títulos de créditos situam-se nas mais variadas regiões do país, circunstância que torna extremamente moroso o processo de assentamento nos competentes Serviços de Registro de Imóveis, o que é absolutamente incompatível com as necessidades e a velocidade do mercado. Exemplo desse descompasso é o recente caso da securitizadora que adquiriu os créditos no final do ano de 1999 e, passados mais de seis meses, alguns Serviços de Registro ainda não concluíram as averbações correspondentes.

A segurança é pressuposto inafastável do negócio de securitização, mas é indispensável ajustá-la às características próprias do mercado de títulos e valores mobiliários.

Esse descompasso pode ser neutralizado se houver um mecanismo que, instantaneamente, ‘prenda’ determinados imóveis a determinado processo de securitização, ou seja, ‘reserve’ determinados imóveis para esse fim; feita essa ‘reserva’, instantaneamente, passará o Oficial do Registro a fazer os assentamentos, com a velocidade própria do Serviço de Registro. Então, não mais ocorrerá qualquer risco quanto à prioridade do registro, preservada, portanto, a segurança jurídica do negócio.

Para esse fim, propõe-se a criação, nos Serviços de Registro de Imóveis, da ‘reserva de prioridade’, para, em primeiro lugar, assegurar prioridade para a averbação da cessão de crédito, do originador para a companhia securitizadora, e, em segundo lugar, subsequentemente, assegurar prioridade para averbação do termo de securitização, de que tratam os arts. 8.º, I, e 10, parágrafo único, da Lei 9.514, de 1997.”²⁴

Aqui temos uma guinada de foco em relação aos objetivos originais da reserva de prioridade. O tema já não será a *angustiosa prioridade* que embalou

24. CHALHUB, Melhim Namem. A reserva de prioridade – Anteprojeto de lei. *Boletim Eletrônico do Irib*. n. 256. São Paulo, 18.12.2000.

as iniciativas legislativas brasileiras na concepção da reserva da prioridade; não estava em foco a insegurança jurídica que decorre do *gap* na contratação imobiliária. O objetivo, aqui, seria simplesmente brindar rapidez e segurança na prática do ato, desembaraçando a cessão do crédito, dando-lhe impulso no instante mesmo da prenotação. Pretendeu o jurista adequar o mecanismo do Registro de Imóveis “às características próprias do mercado de títulos e valores mobiliários”.²⁵

O Anteprojeto não chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional já que, antes disso, o Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, na gestão paulista, convocou uma audiência pública para debater e oferecer sugestões práticas no sentido de se alcançar os objetivos indicados pelo jurista, o que em parte se conseguiu.²⁶

8. A CERTIDÃO ACAUTELATÓRIA

No curso das discussões, vale citar Afrânio de Carvalho que aludiria à *certidão acautelatória* em conhecida passagem de seu festejado livro. Atento aos problemas intercorrentes, representados por títulos contraditórios que se perfaziam no interregno periclitante que medeia a lavratura da escritura e o registro, diz:

“Além de outros percalços que a espera possa acarretar às partes, esse intervalo entre o título causal e a inscrição ocasiona, às vezes, no adquirente ou credor o receio de que a obrigação pessoal assumida pelo vendedor ou devedor deixe de converter-se no direito real.

Nesse ínterim, o vendedor ou devedor conserva a propriedade do imóvel e pode vendê-lo ou grava-lo de novo, tornando-se difícil em grande cidade, com numerosos notários, evitar a dupla venda ou a dupla hipoteca.

Foi esse risco, inerente a todo o sistema que separa a transmissão imobiliária em duas fases, a primeira, da obrigação de transmitir, constante do título

25. A acertada percepção de Melhim N. Chalhub há de ser notada, registrada e admirada. A necessidade de agilidade, rapidez e segurança nas transações que deságuam no mercado secundário era claramente percebida por ele. Com a securitização de créditos imobiliários, criada a infraestrutura da securitização pela Lei 9.514, de 1997, era meramente uma questão de tempo até que o mercado criasse alternativas para dar agilidade e rapidez às transações. E elas vieram no bojo da Lei 10.931, de 2004, que em seu art. 22, § 2.º, estabelece que a cessão de crédito garantido por direito real, quando representado por CCI emitida sob a forma escritural, “está dispensada de averbação no Registro de Imóveis”.

26. Audiência Pública I, de maio de 2002. Cfr. *Boletim do Irib* 300/20 et seq. maio 2002.

causal, a segunda, da sua concretização em direito real, emergente da inscrição, que fez surgir a prática de inserir nos contratos de compra e venda e de mútuo hipotecário a cláusula de ficar retida a prestação do preço ou de empréstimo até que se haja efetuado a inscrição. Essa prática de pagamento contra a inscrição, de que se valem sobretudo as instituições financeiras especializadas em empréstimos hipotecários, revela-se deveras extorsiva em algumas delas, que, em contratos de abertura de crédito garantido, cobram do mutuário, além de comissões e taxas, os juros do dinheiro a partir, não do desembolso, mas da data do contrato!

A fase de transição tende a encurtar doravante com a obrigatoriedade de serem os títulos notariais e judiciais passados à vista de certidão do registro imobiliário, a original da matrícula ou outra atualizada (art. 225, *in fine*). Com isso espera-se que o contexto dos documentos apareça senão escorreito pelo menos escoimado de dados discordantes dos registros, causadores de exigências de rerratificação, que tanto prolongam o entreato do exame da legalidade.

Conquanto nesse lance a certidão seja exigida para pautar o feitio do novo título, como em outro o é para o da matrícula (art. 229), nada impede ampliar-lhe o préstimo, marcando-lhe, se não for a contemporânea da matrícula, um prazo de vigência, dentro do qual, para a proteção da boa-fé dos negócios, não se expedirá outra sem que dela conste a expedição da anterior, para o que será esta lançada em averbação na folha do imóvel. Essa providência importa em deixar no livro um aviso ou advertência da possibilidade de se estar formando, com base em certidão adrede extraída, um título antagônico daquele que eventual interessado pretenda adquirir. Seu fim não é nem barrar o ingresso de qualquer título, nem tampouco ameaçá-lo, como a inscrição preventiva, mas apenas ensejar uma precaução aconselhável em todo estado de pendência.

A fim de levar mais longe a diminuição dos inconvenientes e abusos a que se presta esse estado de pendência, decorrente do secionamento jurídico do negócio, importa reduzir ao mínimo o intervalo entre o título causal e a inscrição. Esse resultado pode ser felizmente conseguido sem prejuízo da segurança do direito, antes com reforçamento desta, desde que se predisponha a forma de execução do exame da legalidade para satisfazer ao que dele se espera.²⁷

Antes que se faça uma leitura ligeira da exposição de Afrânio de Carvalho é preciso considerar o seguinte:

27. CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 271-272.

a) A insegurança no interregno periclitante levou à prática de inserção de cláusula de retenção do valor financiado até que se houvesse aperfeiçoado a inscrição;²⁸

b) A prática de pagamento contra a inscrição seria “extorsiva”, pois seriam cobradas do mutuário, “além de comissões e taxas, os juros do dinheiro a partir, não do desembolso, mas da data do contrato”;

c) A demora na prática do ato de registro, à altura da crítica do autor, seria superada com a expedição de certidão de propriedade exigida pela Lei 7.433, de 1985, quando o “contexto dos documentos apareça senão escoreito pelo menos escoimado de dados discordantes dos registros, causadores de exigências de rerratificação”;

d) A certidão acautelatória, quando não for a contemporânea da matrícula, deveria ter fixado um prazo de vigência, dentro do qual não se expediria outra sem que dela conste a expedição da anterior. Trata-se de mera advertência e seu “fim não é nem barrar o ingresso de qualquer título, nem tampouco ameaçá-lo, como a inscrição preventiva, mas apenas ensejar uma precaução aconselhável em todo estado de pendência”;

e) Para obviar o estado de pendência decorrente do secionamento jurídico do negócio, sugere a redução ao mínimo do “intervalo entre o título causal e a inscrição”.

É importante destacar que as práticas abusivas da contratação, no âmbito do crédito imobiliário, são reprimidas por disposições regulamentares tanto do próprio sistema de proteção ao direito do consumidor,²⁹ como na jurisprudência dos tribunais.

28. Esta solução ainda se mantém nos dias que correm e apresenta excelentes resultados. Não se libera o valor financiado até que se tenha consumado o registro. É a regra que vem estampada no art. 31 da Res. 1980, de 30.04.1993, do Banco Central do Brasil: “A liberação de recursos relativos a financiamentos concedidos somente poderá ser efetuada após a formalização das garantias”. A prática não é inovadora. Dá-nos notícia García García que a certidão de clausura não prosperou na Espanha por razões similares. Diz-nos que o tema foi agitado nos debates parlamentares da reforma hipotecária de 1909. Segundo o autor, o Deputado Martínez Prado, posicionando-se contra a regra, havendo examinado a fundo o problema, concluiu: “debía desecharse la certificación de clausura, y que quien tenga dificultades en el período intermedio hasta el outorgamiento de la escritura, que haga lo que hace el Banco Hipotecario, que no entrega el dinero hasta que no conste la inscripción de la escritura de hipoteca”. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 662.

29. O Código de Defesa do Consumidor prevê um elenco, em *numerus apertus*, de cláusulas abusivas (art. 51), inquinando-as de nulidade de pleno direito. Com base em

Enfim, as sugestões do jurista não quadram com as propostas de criação da reserva de prioridade como antevista por seus defensores – nem com as ideias que se acham nos Projetos e Anteprojeto, já referidos. E isto por um singelo motivo: a certidão acautelatória não tem o condão de bloquear o registro – de molde a impedir a protocolização de quaisquer outros títulos; trata-se, simplesmente, de um mecanismo acautelatório de informação que hoje perde completamente o sentido em face de novos recursos tecnológicos, como termos ocasião de demonstrar.

9. A RESERVA DE PRIORIDADE NO EXEMPLAR SISTEMA ARGENTINO

No sistema argentino coexistem várias expressões da chamada reserva de prioridade. Assim, a prenotação em favor das instituições creditórias oficiais (Leys 12.962 e 18.307), a certidão com efeitos de anotação preventiva (Ley 17.801) e a retroprioridade.

Vamos analisar cada uma delas, partindo da afirmação de que a experiência argentina, que serviu de base para as propostas legislativas inspirando a base da doutrina brasileira, não deve ser levada em conta de modo absoluto já que a reserva de prioridade, prevista na legislação argentina, *não guarda pontos de contato com a nossa legislação* e não responde a exigências que lá inspiraram a sua criação.

De fato, as bases sobre as quais o instituto se assenta na Argentina levou em consideração – como não poderia deixar de ser – circunstâncias muito peculiares da sociedade e do direito argentinos, em nada parecidos com o nosso sistema civil e registral. Será um erro indesculpável trasladar os institutos sem conhecimentos suficientes das circunstâncias que os tornam necessários e adequados.

García Coni nos aclara acerca das distinções essenciais que devem ser feitas para compreendermos que o sistema registral argentino é fundamentalmente distinto do nosso. Diz ele que os registros imobiliários argentinos são declarativos, recolhendo a pré-existência do direito real, não afetando a tradicional noção, que vem de Sarsfield, de que a aquisição dos direitos reais respeitam a

tal dispositivo, o Decreto Federal 2.181, de 20.03.1997, com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, determina que se divulgue, anualmente, um elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, assim consideradas de forma genérica e abstrata. Com base nesses róis é possível questionar as disposições contratuais abusivas e tomar as medidas judiciais cabíveis.

teoria do *título e do modo*. Os registros imobiliários, neste contexto legal, jogam o papel de tornar oponíveis esses direitos a terceiros. Houvesse prosperado a reforma inspirada em Lezana e Lobos, diz ele, e os registros argentinos teriam se tornados constitutivos, “por cuanto la tradición (como *modus acquirendi*) quedaría subsumida por la inscripción, pero como la reforma de 1968 eliminó toda referencia a la tradición, sigue incólume ‘la sistemática establecida por Vélez Sarsfield para la constitución, transmisión, declaración o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, vale decir del título y del modo, previendo únicamente la inscripción en los registros respectivos como requisito de oponibilidad a terceros’”.³⁰

No sistema argentino, frise-se, “o Registro de Imóveis reconhece a pré-existência do direito real constituído sobre a base do *título e modo* e o protege não só no momento da recepção inscristiva, mas também *in itinere*“, como diz o mesmo autor em outro trabalho.³¹

A aquisição da propriedade, portanto, não se dá pelo registro e sim pela *tradição*, consoante dispõe o art. 2.524, art. 6.º do Código Civil argentino. A lei argentina, por outro lado, reclama a publicidade registral para *oponibilidade* do direito em relação a terceiros (art. 2.505 do CCA). Sobre o tema discorre Gatti:

“La publicidad de los derechos reales es, en cambio, necesaria para para su oponibilidad a los terceros interesados, entendiendo por tales a todos aquellos terceros que, de no cumplirse con la publicidad, pueden invocar un interés legítimo en desconocer, en cuanto a ellos respecta, la transmisión o constitución del derecho real de que se trate. Problema aparte es el de establecer si, como nosotros pensamos, la evidencia del conocimiento de la situación jurídica real, por el tercero interesado, hace que ella le sea oponible, aunque se haya omitido la pertinente publicidad legal.”³²

Para Gatti, a publicidade dos direitos reais e o “modo eficiente” (arg. do art. 2.602 do CCA) de aquisição de direitos reais são conceitos distintos:

“Ambos conceptos se separan netamente cuando, por ejemplo, se exige la tradición del derecho real (modo suficiente) y se impone la inscripción registral para la oponibilidad de esa constitución a los terceros intresados (publicidad). En cambio, los dos conceptos se vinculan cuando la inscripción del acto

30. GARCÍA CONI, Raúl R. Op. cit., p. 8.

31. GARCÍA CONI, Raúl R. *El contencioso registral – Recursos y subsanaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 92.

32. GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 377.

se requiere para que produzca efectos entre las partes (modo suficiente), y, al mismo tiempo, esa inscripción funciona como medio de dar a conocer el acto a todo tercer interesado (publicidad).”³³

Este é o ponto de partida para quem queira sustentar a sua adoção em nosso país: reconhecer que o sistema civil do ordenamento argentino é substancialmente distinto do nosso. Conhecendo o seu modo de aquisição dos direitos reais é possível compreender por qual razão a reserva de prioridade, criada naquele ambiente sócio jurídico, é inteiramente descabida entre nós.³⁴

Calha citar, uma vez mais, García Coni, reconhecido intérprete do sistema argentino. Segundo o autor, fosse o sistema argentino constitutivo, não se cogitaria de alcançar, com a reserva de prioridade, os direitos que se constituem além da fronteira inscritiva:

“Cuando el registro inscriptor es constitutivo, o sea, cuando todos los derechos que recepciona son estrictamente personales (aunque algunos se transformen en reales como consecuencia de la inscripción), se explica dar a todos los derechos el mismo tratamiento, puesto que no se reconocen diferencias jerárquicas extrarregistrales (a eso le llaman ‘exactitud’ e ‘integridad’ del asiento), pero cuando el registro sabe distinguir lo obligacional de lo real, entonces procede discriminar.”³⁵

Por outro lado, conforme registram Rafael Arnáiz Eguren e outros, até o ano de 1968 (ano da reforma da Lei Registral argentina) o seu sistema registral constituía-se de uma manifestação não evoluída de fôlio pessoal, com efeitos muito débeis de mera inoponibilidade. Naquele país, a contratação imobiliária se apoiava inteiramente na intervenção notarial, para os fins de garantia da segurança preventiva de aquisição imobiliária. Terá sido a partir da Lei 17.801, de 1968, que houve a substituição do chamado fôlio de caráter pessoal por uma ficha que, com o nome de fôlio real, “recogiera la fecha del otorgamiento del título, el notario autorizante y la denominación del contrato, con remisión a los distintos protocolos en los que se contiene el historial de la finca. En realidad, por tanto, la ficha solamente coordina el trabajo notarial, hasta el punto

33. Idem, *ibidem*.

34. A adoção da reserva de prioridade nos países austrais “obedece a las peculiaridades de su sistema civil, notarial y registral, así como de su propia realidad social y económica”. ARNÁIZ EGUREN, Rafael; *Cabello de los Cobos y Mancha*, Luis María; CANALS BRAGE, Fernando. La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 621/649. mar.-abr. 1994.

35. Op. cit. nota 22, *in fine*, p. 18.

que los tratadistas expresan esa situación con la frase: ‘nuestro Registro es un Registro de documentos y no de derechos’.³⁶

10. PRIORIDADE E SUAS MANIFESTAÇÕES NO SISTEMA ARGENTINO

Como tivemos ocasião de salientar, no peculiar sistema registral argentino há três classes de prioridades: a direta (arts. 19 e 40 da Lei 17.801), a indireta (arts. 5 e 17 da mesma Lei) e a reserva da indireta (art. 25, idem).³⁷ Seguidos pelo Professor argentino, com alterações que a legislação sofreu posteriormente, vamos a cada uma delas com uma visão panorâmica.³⁸

Prioridade direta

Neste sistema encontramos o controle de prioridade temporal ou de cronologia pura (direta), definida pelo tempo de inscrição no próprio do Registro (dia, hora, minuto etc.). Este é o método previsto no art. 40 da Lei 17.801. O protocolo determinará a prioridade entre dois ou mais inscrições relativas ao mesmo imóvel (art. 19 da mesma Lei). A posição registral adquirida pelo direito de prioridade no caso argentino é dispositiva: pode-se alterá-la ou renunciá-la contratualmente (art. 19). No caso de atos outorgados simultaneamente, a prioridade decorre dos próprios títulos apresentados.³⁹

Outro exemplo, citado por García Coni, é a apresentação da escritura pública decorrido o prazo do “bloqueio” registral pela expedição da certidão com reserva de prioridade (art. 5.º da Ley 17.801, de 1968).⁴⁰ Nesse caso, a prioridade se conta a partir da data da apresentação e inscrição do título no protocolo.

Reserva de prioridade, prioridade indireta, retroprioridade

A reserva de prioridade visa a cobrir o lapso de tempo que medeia a expedição da certidão registral e a outorga do negócio jurídico para o qual foi

36. ARNAIZ EGUREN, Rafael; *Cabello de los Cobos y Mancha*, Luis María; CANALS BRAGE, Fernando. Op. cit., p. 650.

37. GARCÍA CONI, Raúl R.; FRONTINI, Ángel A. *Derecho registral aplicado*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 162.

38. A classificação se acha na obra já referida: GARCÍA CONI, Raúl R. *El contencioso registral* cit., p. 92.

39. A chamada “reserva de rango” (reserva de grau) vem prevista no art. 3.135 *in fine* do Código Civil argentino: “Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”. Este é, afinal, um bom exemplo de prioridade direta.

40. Op. cit., nota 30, p. 20.

expedida. A lei prevê um prazo de 45 dias para que o título chegue ao Registro, garantindo-se, assim, *in itinere*, os direitos dos contratantes contra os azares que calham no interregno. A data do registro das escrituras públicas retroagem à data de sua instrumentalização pelo notário, consoante o art. 5.º da LNR:

“Artículo 5.º Las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de 45 días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación.”

Mas há, igualmente, a figura da retroprioridade – e ela não pode confundir-se com a simples reserva de prioridade. Uma vez mais, pela clareza e precisão, peço vênia para citar o mesmo García Coni:

“La finalidad de una certificación con reserva de prioridad es la de proteger el acto jurídico escriturable, y mientras éste no quede protocolizado el registro puede revocar la certificación, o un tercero con interés legítimo podrá oponerse a que ella sea utilizada (art. 15, LNR) (...).

Distinta es la situación de la escritura pública por la cual ya se transmiten, constituyen o modifican derechos reales. Ella no tiene carácter preparatorio sino definitivo, por cuanto culmina todo un proceso documental del cual la inscripción debe ser la consecuencia lógica para que tales actos puedan ser oponibles a terceros (art. 2.505, C. Civil) extraños al acto (art. 3.135, C. Civ. Y art. 20, LNR).

Una vez consumado escriturariamente el negocio jurídico y cumplido el requisito del ‘modo’ en las obligaciones de dar (tradición), se opera el nacimiento del derecho real. Hasta entonces el registro podrá revocar su certificación, pero desde ese momento no podrá retractarse de ella, la que ya agotó en forma irreversible sus efectos legales.

La realidad jurídica extrarregistral (art. 34, LNR) debe ser conocida por el registro con un plazo de tolerancia no superior a 45 días para que las escrituras se consideren registradas en la fecha de su instrumentación (art. 5, LNR, y Ley 20.089). Trascurrido ese lapso, los documentos en infracción sólo tendrán el beneficio de la prioridad directa asignada por el asiento de presentación (libro Diario).

La coexistencia de los dos institutos (prioridad indirecta y reserva de ella) permite no ir más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de los derechos inscribibles y para no postergar la viabilidad registral de otros derechos que también son respetables.”⁴¹

41. Idem, p. 24 et seq.

A prioridade indireta está prevista nos artigos 24 e seguintes da Ley 17.801, de 1968:

“Artículo 23. Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

Artículo 24. El plazo de validez de la certificación, que comenzará a contarse desde la cero hora del día de su expedición, será de quince, veinticinco o treinta días según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal.

Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio.

Artículo 25. Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo que se refiere el artículo 5.º, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado.

Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado.”

Estas circunstâncias peculiares do sistema argentino levam os intérpretes a conclusões paradoxais. Vejamos os comentários aduzidos por Rafael Arnáiz Eguren et alii. Para eles, os efeitos substanciais da reserva de prioridade são só aparentes, porque os chamados *negócios em gestação* não representam uma declaração de vontade com eficácia civil – ainda que futura. E seguem:

“O que ocorre no direito argentino e uruguaio é que, na medida em que a escritura notarial é o único ‘título’ possível, ao contrato privado não notarial se denomina negócio ‘em gestação’, termo que a doutrina europeia entende como mero projeto de declaração de vontade.

Assim, a suposta reserva de prioridade não existe, pois não se pode confundir o efeito com a sua causa. A causa é a anotação preventiva do acordo privado de vontades, pendente de formalização notarial. O efeito é a clausura ou bloqueio do chamado Registro que resulta da anotação e se publica por meio da certidão. Neste sentido, além de tratar-se de um simples registro de documentos de efeitos debilitados, nos encontramos não diante de um suposto de prioridade reservada a um negócio futuro, mas de uma prioridade obtida por um documento não notarial, vale dizer, de reserva de prioridade em sentido impróprio (...).

O sistema se completa com uma norma de difícil encaixe em nosso sistema [espanhol]. Consiste em uma reserva de grau tácita, durante quarenta e cinco dias a partir da outorga de qualquer escritura pública notarial, com anotação prévia ou sem ela, de forma que durante esse prazo a apresentação da escritura provoca o cancelamento de todos os assentos de data posterior à do instrumento.

Portanto, os efeitos da apresentação registral propriamente dita se deslocam à data de uma atuação notarial ignorada, oculta e desconhecida, denominada pela doutrina como ‘retroprioridade’, coerente com o sistema que se expõe, mas que, em nosso país, não tem cabimento algum.”⁴²

Rogação por notários e o “bloqueio” do registro

Outro aspecto digno de nota é o fato de que a certidão com efeitos de anotação preventiva e reserva de prioridade somente pode ser rogada pelos notários, que são, afinal, os destinatários da reserva – não as partes interessadas. Compreende-se que assim seja no sistema notarial e registral argentino, em que os notários e os oficiais públicos detêm, em regra, a prerrogativa da lavratura de atos que importem a constituição, modificação e extinção de direitos reais, sem a concorrência dos instrumentos particulares.⁴³ Assim sustenta esta característica o mesmo García Coni:

“La retroprioridad no puede aplicársela al instrumento privado, de excepcional acogimiento registral (art. 3, LNR), y tampoco a cualquier instrumento

42. Op. cit., nota 34, p. 654, com tradução deste parecerista.

43. Os instrumentos particulares têm acolhimento registral em caráter excepcional, segundo o art. 3.º da Lei Nacional de Registros: “para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente”. De qualquer forma, a retroprioridade não pode ser aplicado aos instrumentos particulares.

público, sino solamente a una de sus espécies no reemplazable por espécie (art. 977, C. Civ.).”⁴⁴

Outro aspecto importante a ser destacado é que a reserva de prioridade e sua certidão de “bloqueio” do registro, na verdade representam apenas uma *hibernação*, na expressão de García Coni, “por cuanto el registro no paraliza su actividad receptora en lo que atañe el asiento afectado. Las anotaciones pertinentes (excepcionalmente las inscripciones) continúan efectuándose, pero bajo una condición suspensiva: la de que el documento tutelado pela reserva franquee en tiempo y forma los estrados del registro”.⁴⁵

Por todas essas razões, fácil perceber que o “exemplar” sistema registral argentino em nada nos apoia com a importação acrítica de um mecanismo complexo e burocrático para controle da prioridade e solução dos problemas apontados.

11. CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, gostaríamos de rematar este trabalho reafirmando que o sistema de reserva de prioridade, representada pelo bloqueio do registro pela certidão de clausura, é mecanismo completamente estranho ao nosso sistema de direito civil material e formal (registral). Não fora só por essa razão, a sua adoção, entre nós, não se recomenda pelos seguintes motivos:

a) Reserva legal

Para sua adoção entre nós seria necessária expressa previsão legal. O bloqueio do registro, como proposto, gera importantes efeitos materiais da prioridade registral e ela não deve ser capturada pelos notários. Como se sabe, a prioridade registral define e gradua o direito de preferência, elemento substancial ao regime dos direitos reais (arts. 1.246 c/c 1.493, parágrafo único, do CC). Segue-se daí que sua regulamentação, por ato da Corregedoria-Geral, afrontaria, salvo melhor juízo, expressa disposição constitucional, pois compete privativamente à União legislar sobre direito civil e registros públicos (arg. do art. 22, I e XXV, da CF).

Além disso, ainda no quadrante dos direitos materiais, seria concebível, em nosso sistema civil e registral, brindar com a prioridade registral – e, via de consequência, com a preferência dos direitos reais – a títulos não constituídos?

44. Op. cit., nota 30, p. 24.

45. Op. cit., nota 22, p. 22.

O nosso sistema civil de aquisição, modificação, transformação e extinção dos direitos reais ostenta um caráter causalista, de cariz romano, em que a inscrição (*modus*) pressupõe a existência concreta de um justo título (*titulus*) que servirá de suporte para o ato de registro. No caso da reserva, que título prenotado será este? Um negócio futuro? Um “negócio em gestação” completamente desconhecido do direito brasileiro?

O nosso sistema, além de tudo, é constitutivo – diferentemente do sistema argentino, de caráter meramente declarativo. Aqui o direito se constitui pelo registro. Os próprios autores argentinos reconhecem que, fosse constitutivo o seu sistema, não teria cabimento a reserva de prioridade.⁴⁶ Nesse sentido, trata-se de uma “ideia fora do lugar”.

Agora visto o problema da perspectiva formal, a própria Lei de Registros Públicos haveria de ser reformada para agasalhar disposições acerca da expedição de uma tal certidão de clausura, inovando o regime da publicidade formal dos registros. Além disso, os mecanismos de protocolo dos títulos, previstos nos arts. 182 e ss. da LRP, haveriam de ser reajustados com a adoção dessa espécie de reserva de prioridade.

Os problemas não param por aqui. Um sem número de questões ficariam em aberto: ocorrendo a prenotação de título concorrente – suposta, ainda, a indefinição do grau de contraditoriedade – impugnada a certidão com reserva de prioridade, quem a defenderá? O notário? O particular? Caberá que modalidade de recurso – supostos os efeitos materiais da reserva de prioridade?⁴⁷

46. É o sistema de *prioridade direta* referido por López de Zavalía, citando Hedeman, diz o autor que como a inscrição na Alemanha (como no Brasil) é constitutiva, a prioridade direta é uma decorrência rigorosamente lógica: “antes de la inscripción no hay nada y después de la inscripción ya lo hay todo (...) No es el sistema de nuestra ley”. LÓPEZ DE AZAVALÍA, Fernando J. *Curso introductorio al derecho registral*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1983. p. 380. No mesmo sentido García Coni: Op. cit., nota 22, *in fine*, p. 18.

47. Daniela Rosário adverte: Com a edição dos Provimento CG 747/2000 “houve a criação de várias novas Comarcas. Para estas, a abertura de matrícula depende, nos termos do disposto no item 46 do Capítulo XX das Normas de Serviço da CGJSP, de apresentação de certidão de matrícula atualizada da comarca de origem. Então, pensemos em uma situação corriqueira: ‘A’ comparece na comarca de origem e obtém duas certidões atualizadas. Com uma ele comparece ao novo Serviço de Registro e com a outra ele comparece ao Serviço de Notas para a lavratura da escritura. Diante disso: como não foi o Tabelião que pediu a certidão, não haverá, neste caso, a reserva de prioridade. Ainda que o Tabelião pedisse, como isso se comunicará entre dois Ofícios? Por fim, ainda que houvesse a comunicação, a prioridade tem por fim proteger a

Por fim, o exemplo representado pela regulamentação gaúcha não nos deve servir como paradigma: a uma porque, como já se afirmou na nota de rodapé n. 20, a medida caiu em completo desuso por escassíssimo interesse das partes e dos próprios notários; a duas porque padecerá, eventualmente, do vício de ilegalidade na medida em que a disposição regulamentar do Tribunal choca-se frontalmente com disposições expressas da própria Constituição Federal.

b) Princípio de isonomia

O requerimento do ilustre Colégio Notarial restringe a legitimação para rogação da reserva de prioridade exclusivamente aos tabeliães de notas ou a seus prepostos. A proposta parece reatar-se com as ideias originais do Projeto Côdo, já referido.

Esse pedido contraria o princípio de isonomia. A regra formal, representada pela reserva de prioridade, não pode afrontar as disposições legais que reconhecem validade e eficácia jurídica aos instrumentos particulares “com força de escritura pública”. São exemplos eloquentes de instrumentos particulares admitidos a registro a promessa de compra e venda (art. 1.417 do CC), os relacionados com direitos reais sobre imóveis de valor inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 108 do CC), as alienações fiduciárias, hipotecas, cessões fiduciárias, cauções de direitos creditórios ou aquisitivos (arts. 17 c/c 38 da Lei 9.514/1997).⁴⁸

Como restringir o exercício desse direito aos legitimados pela lei para instrumentalizar seus negócios jurídicos por instrumento particular?

Por outro lado, a regra, admitida que fosse pela E. Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, teria abrangência limitada ao Estado de São Paulo. Nesse caso, como ficariam os notários de outros Estados que, sem uma disposição legal expressa que os obrigasse a tanto, lavrassem escrituras sem a certidão de clausura, títulos esses que não seriam eventualmente registrados pelo advento de uma reserva de prioridade local?

Tal discriminação fere o princípio da isonomia criando privilégios e vantagens em favor de uns (notários e seus prepostos) em prejuízo de outros (particulares), assentados, ambos, sobre a mesma base legal.

c) Burocracia custosa e ineficiente

parte interessada no registro ou ao Tabelião? Se o Tabelião precisa de mais tempo para a lavratura de seu instrumento, não é no registro imobiliário que deverá encontrar esse respaldo” (correspondência trocada com o autor deste parecer).

48. Para conferir o elenco de títulos privados admitidos a registro, cfr. JACOMINO, Sérgio. Op. cit., nota 12.

A burocracia, em sentido próprio, é uma estrutura organizativa caracterizada por regras e procedimentos regularizados, especialização de atribuições, de funções, com obediência a princípios e respeito a hierarquias. As suas relações com o público e o privado se revestem de caráter impessoal. E representa custo. A burocracia representa investimentos e custeio que são inerentes a toda forma de estrutura organizativa.

Com o devido respeito devido ao ilustre Colégio Notarial, a proposta é ineficiente, anacrônica, inadequada e custosa.

Ineficiente, pois, suposta a limitação aos notários e seus prepostos, ficarão naturalmente de fora (sob pena de infringência ao princípio de isonomia) os particulares, a Administração Pública⁴⁹ e o próprio Poder Judiciário, com seus múltiplos títulos em que a prioridade acaba por definir a responsabilidade patrimonial. A limitação é inadequada; já sua admissão torna a proposta ineficiente para “garantir segurança nas transmissões imobiliárias”, como sustenta o subscritor do requerimento.

Anacrônica, pois busca introduzir no sistema, nos dias que correm, mecanismos que foram pensados em outro contexto histórico, onde e quando se lidava com a “angustiosa prioridade” com as limitações que hoje já não ocorrem.

Em vez de se pensar na clausura do registro por mecanismos exógenos de controle da prioridade, melhor seria tirar proveito da tecnologia, hoje disponível até para os notários, que podem prenotar os seus títulos por meios eletrônicos, tão logo celebrada a escritura pública.

Justamente para obviar a “angustiosa prioridade” e dar uma resposta efetiva à sociedade, que a Corregedoria-Geral da Justiça, em feliz iniciativa, regulamentou o Registro Eletrônico previsto no art. 37 da Lei 11.977, de 2009. Agora os notários podem prenotar seus títulos servindo-se do módulo *e-Protocolo*, previsto nos itens 259 e seguintes do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo.

49. Cite-se o exemplo da Lei 10.998, de 1994, que em seu art. 5.º prevê: “Os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis com financiamento ou parcelamento e os contratos de financiamento ou de parcelamento celebrados no âmbito do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social – PSH, bem como quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando as disposições do art. 108 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

Destaco os seguintes itens:

“259. A postagem e o tráfego de traslados e certidões notariais e de outros títulos públicos ou particulares, elaborados sob a forma de documento eletrônico, para remessa às serventias registrais para prenotação (Livro n. 1 – Protocolo) ou exame e cálculo (Livro de Recepção de Títulos), bem como destas para os usuários respectivos, serão efetivados por intermédio da Central Registradores de Imóveis.

260. Os documentos eletrônicos apresentados aos serviços de registro de imóveis deverão atender aos requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e à arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico) e serão gerados, preferencialmente, no padrão XML (*eXtensible Markup Language*), por ser o padrão primário de intercâmbio de dados com usuários públicos ou privados, podendo ser adotado o padrão PDF/A (*Portable Document Format/Archive*), vedada a utilização de outros padrões, sem prévia autorização da Corregedoria-Geral da Justiça.

261. A partir da data de funcionamento do Protocolo Eletrônico de Títulos (e-Protocolo) os Oficiais de Registro de Imóveis verificarão, obrigatoriamente, na abertura e no encerramento do expediente, bem como, pelo menos, a cada intervalo máximo de 2 (duas) horas, a partir da primeira verificação, se existe comunicação de remessa de título para prenotação ou protocolização para exame e cálculo, mediante importação do XML ou impressão de arquivo PDF/A.

262. Realizar-se-á protocolo no Livro n. 1 (prenotação) ou protocolo no Livro de Recepção de Títulos (exame e cálculo) do título eletrônico, observando-se a ordem de prenotação, para os efeitos legais.”

Saliente-se que a prenotação da escritura pública eletrônica ocorrerá em lapso de tempo muito menor do que seria o necessário para a expedição da certidão de propriedade com reserva de prioridade – sem contar com o fato de que neste caso, apropriadamente, teremos um título em sentido material perfeitamente conformado e consolidado, escapando da figura extravagante do *negócio jurídico em gestação* dos nossos irmãos argentinos.

É igualmente uma solução *inadequada*. Vimos que a trasladação de institutos alienígenas pressupõe, ao menos, conhecimento das fontes. Visto o sistema austral de constituição, modificação, conservação e extinção de direitos reais, chegaremos facilmente à conclusão de que a reserva de prioridade se acomoda num modelo típico, verdadeiramente singular, que é o sistema de direito civil argentino.

A solução alvitrada pelo Colégio esbarra em tantos e tão grandes obstáculos de caráter sistemático que torna-se contraproducente sua instituição. É, por essa razão, uma medida *inadequada*.

Por fim, é medida que implica custos. Será custosa a gestão de um complexo mecanismo de reserva de prioridade, com a constituição de eventual fila de títulos que, *prima facie*, não se poderá dizer, com a certeza necessária, tratarem-se de títulos absoluta ou relativamente contraditórios.

Acrescente-se a tudo isso o fato de que agora, por força da regulamentação do Registro Eletrônico, os interessados poderão obter informações sobre o andamento de títulos eventualmente prenotados, solicitando, conforme o caso, certidão. No caso da certidão de clausura com efeitos de reserva de prioridade, como avaliar um título que nem sequer surgiu no mundo jurídico?

O controle dos títulos contraditórios se torna ainda mais complexo e isto, evidentemente, gera custos.

d) A “*angustiosa prioridade*” e seu remédio eficaz

Como disse no início deste opúsculo a expressão *angustiosa prioridade* fez fortuna. Cunhada originariamente em texto do notário espanhol Santiago Pelayo Hore, publicado no ano de 1952,⁵⁰ suas considerações e conclusões foram extensamente aproveitados por todos aqueles que, a seu tempo, propugnaram a adoção da certidão de clausura com reserva de prioridade.

Outras expressões, cunhadas pelo gênio literário do notário, correram velozes o mundo, chegando ao Brasil. *Princípio de velocidade*, que estaria a consagrar o direito do mais veloz contraposto ao do diligente que procura inscrever etc. são ideias que vão conformar o instituto da reserva da prioridade desenvolvido depois com impressionante detalhamento na legislação argentina.

Para não desafinar o coro de todos aqueles que entoaram loas às ideias revolucionárias do notário Santiago Pelayo Hore, gostaria de finalizar este parecer apropriando-me, igualmente, de suas palavras, sentenças que hoje tomam um sentido e significado todo especial no contexto histórico e cultural em que vivemos:

“El Registro de la Propiedad proporciona al adquirente una protección tan enérgica que en principio sólo ventajas ofrece. Especialmente, la fe pública registral entraña una eficaz garantía para el adquirente. La fe pública le asegura que el contenido del Registro es *exacto* (artículo 34 de la ley Hipotecaria) y es *íntegro* (artículo 32). O dicho en otros términos: lo que consta en el Registro es cierto; lo que en él no consta no existe. Todo ello referido al adquirente y en beneficio del adquirente.

50. PELAYO HORE, Santiago. La angustiosa prioridad. *Revista de Derecho Privado* 421/281 e ss. abr. 1952.

(...)

Si la adquisición pudiera perfeccionarse en el instante en que los libros se examinan; si en aquel mismo momento el transmitente pudiese decir ‘transmito’; el adquirente, ‘adquiere’, y el Registrador, ‘inscribo’, el régimen sería perfecto.”

Caminhamos, certamente, na senda antevista na metade do século passado pelo célebre notário espanhol!

Sub censura,

São Paulo, abril de 2013 – Sérgio Jacomino, Registrador.

12. DECISÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Poder Judiciário – Tribunal de Justiça – Corregedoria Geral da Justiça

Processo CG 2013/7339 – (240/13-E)

Tabelião de Notas – Colégio Notarial do Brasil, Seção São Paulo – Proposta de bloqueio automático, por 30 dias, da matrícula do Registro de Imóveis, sempre que o Tabelião de Notas solicite certidão da matrícula – Modalidade não prevista na legislação – Indeferimento.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

O Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo – requer a V. Exa. a implantação de procedimento junto aos Registros de Imóveis pelo qual sempre que o Tabelião de Notas solicitar certidão de matrícula ao Registro de Imóveis, haja o bloqueio automático desta, por 30 dias, a fim de preservar a segurança dos negócios jurídicos.

A Arisp apresentou parecer subscrito pelo Ilmo. Registrador Sérgio Jacomino no sentido da inviabilidade da proposta (f.).

É o relatório.

Opino.

A despeito do intuito que move o CNB, Seção São Paulo, o requerimento, salvo melhor juízo de V. Exa., não pode ser acolhido.

O bem fundamentado parecer do Ilmo. 5.º Registrador de Imóveis da Capital, Dr. Sérgio Jacomino, em nome da Arisp, exauriu o tema.

Após longas e bem lançadas considerações sobre origens, anteprojetos de lei recusados sobre o tema, direito comparado e utilidade do instituto em questão, chegou às seguintes conclusões:

1) Para a adoção da reserva de prioridade em nosso sistema seria necessária expressa previsão legal. A medida, para ser adotada, exigiria que a Lei de Re-

gistros Públicos fosse reformada para agasalhar disposições sobre a “certidão de clausura”, inovando o regime da publicidade formal dos registros. Também seria necessário alterar os mecanismos de protocolo dos títulos previstos no art. 182 da Lei 6.015/1973.

O registrador ainda lembra que nosso sistema registral é constitutivo e, mesmo no argentino, de caráter declaratório, os autores argentinos reconhecem que a prioridade de reserva não teria cabimento se o regime lá fosse constitutivo.

Por fim, ainda em relação à legalidade, observa que a regulamentação gaúcha não serve de paradigma porque a medida caiu em desuso por escassíssimo interesse das partes e dos próprios notários.

2) O requerimento do CNB – Seção São Paulo restringe a legitimação para rogação da reserva de prioridade exclusivamente aos tabeliães de notas ou a seus prepostos, o que contraria o princípio da isonomia, haja vista a existência de instrumentos particulares “com força” de escritura pública, tais como o compromisso de compra e venda, os relacionados com direitos reais sobre imóveis de valor inferior a 30 vezes o salário mínimo vigente, as alienações fiduciárias, hipotecas, cessões fiduciárias e as cauções de direitos creditórios ou aquisitivos.

Assim – argumenta o registrador – os particulares legitimados para confeccionar tais atos não teriam a benesse concedida aos notários. Por isso, a medida criaria privilégios e vantagens em favor de uns (notários) em detrimento de outros (particulares).

3) A reserva de prioridade busca introduzir no sistema mecanismos que foram pensados em outro contexto histórico, época em que os problemas relativos à prioridade eram diversos dos atuais.

Deste modo, melhor seria se os notários passassem seus títulos por meio eletrônico, na forma regulamentada pelos itens 259 e ss., do Capítulo XX, das NSCGJ, até mesmo porque a prenotação da escritura pública eletrônica ocorre em lapso de tempo muito inferior do que seria necessário para a expedição da certidão de propriedade com reserva de prioridade.

Além disso, a reserva de prioridade implicaria custos para a gestão de um complexo mecanismo voltado à constituição de eventual fila de títulos que não se poderá dizer, com a certeza necessária, se são absoluta ou relativamente contraditórios.

As conclusões trazidas pelo ilustre Registrador Sérgio Jacomino são bastantes a demonstrar a impossibilidade de acolhimento da sugestão do Colégio Notarial do Brasil.

A reserva de prioridade, de fato, demanda lei em sentido estrito, traria diferença de tratamento em relação aos particulares que podem confeccionar títulos “com força” de escritura pública, mas que não teriam a mesma benesse, implicaria gastos para a gestão desse mecanismo, e seus efeitos podem, de alguma forma, ser supridos mediante a utilização da prenotação eletrônica hoje regulamentada pelas NSCGJ.

Diante do exposto, o parecer que respeitosamente submeto à elevada apreciação de V. Exa., é no sentido de que o requerimento seja indeferido e o expediente, arquivado.

Sub censura.

São Paulo, 15 de julho de 2013 – Gustavo Henrique Bretas Marzagão, Juiz Assessor da Corregedoria

Conclusão – Em 16.07.2013, faço estes autos conclusos ao Des. José Renato Nalini, DD. Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Eu, (Natália Firmeza Amaral), Escrevente do GATJ 3, subscrevi.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, indefiro o requerimento formulado pelo Colégio Notarial do Brasil.

Arquivem-se os autos.

Publique-se.

São Paulo, 16 de julho de 2013 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça.

13. BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ARNÁIZ EGUREN, Rafael; *Cabello de los Cobos y Mancha*, Luis María; CANALS BRAGE, Fernando. La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 621/649. mar.-abr. 1994.

CAMMAROTA, Antonio. *Derecho hipotecario argentino*. Buenos Aires: J. Lajouane, 1929.

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

CHALHUB, Melhim Namem. A reserva de prioridade – Anteprojeto de lei. *Boletim Eletrônico do Irib*. n. 256. 18.12.2000.

COGHLAN, Antonio R. *Teoría general de derecho inmobiliario registral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

ERPEN, Décio Antônio. A reserva de prioridade e o Registro de Imóveis. *Boletim do Irib em Revista* 332/29. São Paulo: Irib, jul.-set. 2007.

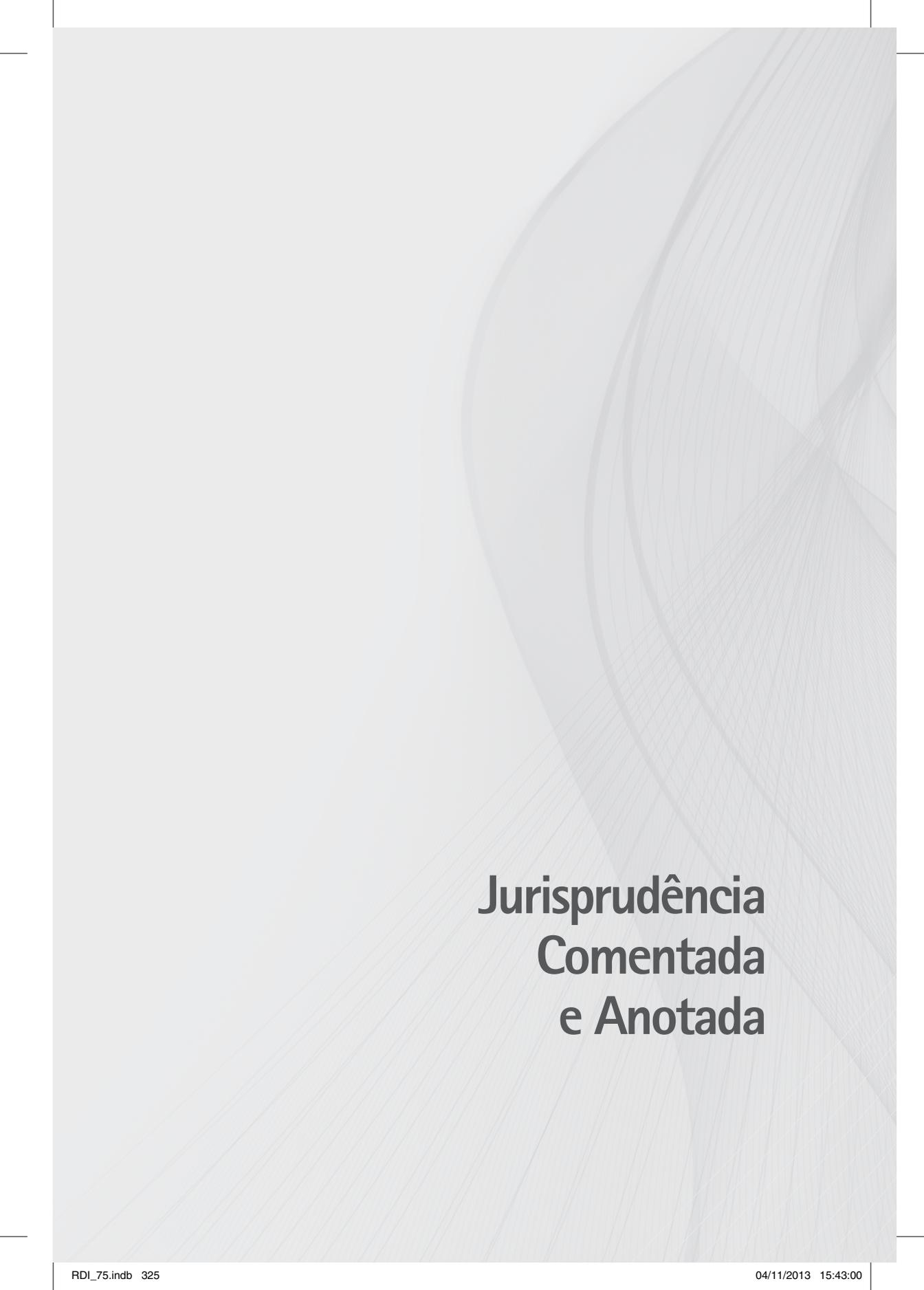
GARCIA CONI, Raúl R. *Derecho registral aplicado*. La Plata: Librería Jurídica, 1972.

- _____. *El contencioso registral*. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- _____. *Registración inmobiliaria argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- _____; Frontini, Ángel A. *Derecho registral aplicado*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- GARCÍA GARCÍA, Jose Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993. t. II.
- GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil. Derechos reales*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. vol. II.
- JACOMINO, Sérgio. O instrumento particular e o Registro de Imóveis. In: Guerra, Alexandre; Benachio, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- _____. Registro de Imóveis. Estudos de direito registral imobiliário – XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Porto Alegre: Safe, 1997.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Curso introductorio al derecho registral*. Buenos Aires: Victor P. De Zavalía, 1983.
- _____. *Derechos reales*. Buenos Aires: Zavalía, 1989. t. 2.
- PAIVA, João Pedro Lamana. A reserva de prioridade e o Registro de Imóveis. *Boletim do Irib em Revista*. 332/32. São Paulo: Irib, jul.-set. 2007.
- _____; Erpen, Décio Antônio. *Da transação imobiliária – Uma aventura jurídica – Reserva de prioridade*. Porto Alegre: Irib/Safe, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica, de Décio Antônio Erpen – *RDI* 36/37;
- A nova Lei de Serviços Notariais e de Registro, de José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip – *RT* 720/22; e
- Termo de convênio de cooperação científica e técnica entre o Irib e o Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, de Vários Autores – *RDCI* 59/311.



Jurisprudência Comentada e Anotada



ACÓRDÃOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *REsp* 959.213/PR – 4.ª T. – j. 06.06.2013 – m.v. – rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti – *DJe* 10.09.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

PARTILHA – União estável – Presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes – Inadmissibilidade – Bens adquiridos anteriormente à vigência da Lei 9.278/1996 – Propriedade do bem que é disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição – Observância ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito que se impõe – Inteligência da Súmula 380 do STF.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 880/158, *RT* 874/269, *RT* 803/145, *RT* 778/238 e *RDPriv* 36/315.

Veja também Doutrina

- O procedimento de partilha na separação judicial, no divórcio e na união estável, de Fernando Malheiros Filho (*RT* 787/82), *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, organizada por Yussef Said Cahali e Francisco José Cahali, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 323.

REsp 959.213 – Paraná (2007/0132051-3).

Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Relator p/ acórdão: Min. Maria Isabel Gallotti.

Recorrentes: R.M.K.T. e outro – advogados: Andréa Gomes e outros, e Vanessa Cristina Cruz Scheremeta e outros.

Recorrido: N.K.V. – advogados: Carlos Joaquim de Oliveira Franco e outros.

Ementa: Recurso especial. União estável. Início anterior e dissolução posterior à edição da Lei 9.278/1996. Bens adquiridos onerosamente antes da vigência da norma legal.

1. Não configura ofensa o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. Demonstrado que as instâncias de origem não apreciaram a efetiva contribuição de um dos conviventes para a construção do patrimônio comum, prova considerada irrelevante para o deslinde da controvérsia, mas entenderam aplicável a presunção legal do esforço comum prevista na Lei 9.278/1996, também em relação aos bens adquiridos antes de sua entrada em vigor, não tem incidência, no caso presente, o óbice da Súmula 7 do STJ.

3. A violação aos princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada encontra vedação em dispositivo constitucional (art. 5.º, XXXVI), mas seus conceitos são estabelecidos em lei ordinária (LINDB, art. 6.º). Dessa forma, não havendo na Lei 9.278/1996 comando que determine a sua retroatividade, mas decisão judicial acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua entrada em vigor – hipótese dos autos – a questão será infraconstitucional, passível de exame mediante recurso especial. Precedentes do STF e deste Tribunal.

4. A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/1996, devendo os bens amealhados no período anterior a sua vigência, portanto, serem divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380 do STF).

5. Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/1996 têm a propriedade – e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união – disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5.º, XXXVI, e LINDB, art. 6.º).

6. Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar.

7. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

8. Recurso especial parcialmente provido.

COMENTÁRIO

Cuida-se de recurso especial interposto em face de decisão proferida pela 11.ª Câmara Cível do TJPR, que reconheceu a aplicação imediata e geral da Lei 9.278/1996, conforme redação do art. 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, inclusive para uniões estáveis surgidas anteriormente a sua publicação e que não estava rompida quando surgiu a referida lei. No caso em tela, a recorrida ajuizou ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens em face das herdeiras de seu falecido companheiro, alegando, em síntese, que a união foi mantida publicamente, de 1985 até o falecimento de seu companheiro, ocorrido em 1998 e que consta do testamento público, providenciado pelo *de cujus*, o reconhecimento da união e os invocados direitos patrimoniais. O Juízo da 2.ª Vara de Família da Comarca de Curitiba, ao julgar o pedido, entendeu que, comprovada a união estável, sua dissolução deve ser regida pela Lei 9.278/1996 e que não importa saber se a companheira tinha ou não condições de contribuir financeiramente para a formação do patrimônio, aplicando-se o regime da comunhão parcial de bens. Inconformadas, as recorrentes interpuseram agravo de instrumento alegando que não houve comprovação do esforço comum para aquisição do patrimônio como requer a Lei 8.971/1994. Improvido o recurso, as recorrentes interpuseram recurso especial, alegando violação ao art. 6.º da LINDB (antiga LICC) e art. 5.º da Lei 9.278/1996. Em síntese, argumentaram que a discussão influencia diretamente a fase probatória, porquanto se discute a necessidade de comprovação do esforço comum, no que diz respeito aos bens adquiridos na constância da união. Alegaram, ainda, que a questão central é saber se os efeitos da Lei 9.278/1996 atingem uniões iniciadas 11 anos antes da sua vigência e que, o que se poderia admitir em relação à comunhão dos bens é unicamente a presunção do esforço comum quanto aos bens adquiridos após a vigência da referida lei, mas não em relação aos absorvidos anteriormente ao advento do referido diploma legal. Em contrarrazões, a recorrida alegou, em resumo, que não houve violação do princípio da irretroatividade da lei, pois a união foi extinta pelo falecimento do companheiro após a vigência da Lei 9.278/1996.

Inicialmente, em voto vencido, o Ministro relator, Luis Felipe Salomão, decidiu pelo improvimento do recurso, sendo acompanhado pelo voto do Min. Raul Araújo Filho, entendendo ser aplicável a regra da Lei 9.278/1996 relativa à presunção de condomínio dos bens dos companheiros adquiridos durante toda a união estável, iniciada em data anterior à referida lei e extinta em 1998, com a morte de um dos conviventes. Afirmou, ainda, que o Tribunal reconheceu a contribuição da recorrente na construção do patrimônio em comum dos conviventes em conformidade com a Súmula 380/STF e que, eventual revisão do *decisum* esbarraria no óbice intransponível imposto pela Súmula 7/STJ. Por sua vez, a Ministra relatora para o acórdão, Maria Isabel Gallotti, pediu vista dos autos e entendeu que as instâncias de origem não apreciaram a efetiva contribuição de um dos conviventes para construção do patrimônio comum, mas entenderam aplicável a presunção legal do esforço comum prevista na Lei 9.278/1996 também em relação aos bens adquiridos antes de sua entrada em vigor, não incidindo, *in casu*, o óbice da Súmula 7/STJ. Além disso, em relação ao art. 6.º da LINDB e do art. 5.º da Lei 9.278/1996, a ministra entendeu que houve violação dos dispositivos e que, não havendo na Lei 9.278/1996 comando que determine a sua retroatividade, mas decisão judicial sobre a aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente, a questão será infraconstitucional, passível de exame mediante recurso especial. Quanto ao mérito, entendeu que a presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/1996, devendo os bens adquiridos no período anterior a sua vigência serem divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, diretamente ou não, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente na época da aquisição, de acordo com o disposto na Súmula 380/STF. Ademais,

observou que os bens adquiridos anteriormente à mencionada lei têm a propriedade e a partilha – quando finda a união – disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente à época da aquisição, sendo que sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior, sob pena de prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Após o voto-vista, os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi acompanharam o entendimento da Min. Maria Isabel Gallotti e o Min. Raul Araújo Filho modificou o voto anteriormente proferido, aderindo ao entendimento da ministra.

Diante do exposto, a 4.ª Turma do STJ decidiu, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, determinando que a partilha dos bens adquiridos onerosamente antes da entrada em vigor da Lei 9.278/1996 obedeça aos critérios norteados pelo esforço comum, sendo vencido o voto do relator.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Min. Maria Isabel Gallotti, dando parcial provimento ao recurso, divergindo do relator, e o voto do Min. Antonio Carlos Ferreira, no mesmo sentido, e a retificação do voto do Min. Raul Araújo, para acompanhar a divergência, e o voto do Min. Marco Buzzi, acompanhando a divergência, a 4.ª T., por maioria, deu parcial provimento ao recurso. Vencido o relator. Lavrará o acórdão a Min. Maria Isabel Gallotti, nos termos do art. 52, II, do RISTJ. Votaram com a Sra. Min. Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Brasília/DF, 06 de junho de 2013 (data do julgamento) – MARIA ISABEL GALLOTTI, relatora para o acórdão.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão (relator):

1. N. K. do V. ajuizou ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens em face dos herdeiros de seu falecido companheiro J. R. F. T. Narra que após a dissolução da sociedade conjugal que mantinha, passou a viver com J. R. F. T, constituindo nova entidade familiar. Afirma que a união foi mantida publicamente, perdurando do início do ano de 1985 até o falecimento de seu companheiro, em outubro de 1998. Assevera que a união era notória, inclusive perante a comunidade, tendo sido inscrita pelo *de cuius* em órgãos previdenciários, na qualidade de sua dependente. Sustenta ser psicóloga, com cursos de especialização e mestrado, e que ministra aulas, participa de congressos, seminários e treinamentos. Alega que consta do testamento público, providenciado pelo seu falecido companheiro, que instrui a inicial, o reconhecimento da união e os invocados direitos patrimoniais.

O Juízo da 2.ª Vara de Família da Comarca de Curitiba prolatou decisão interlocutória, antecipando a questão de mérito, manifestando o entendimento de que, “comprovada a existência de união estável, deve a sua dissolução ser regida pela

Lei 9.278/1996, que instituiu a presunção de condomínio sobre os bens adquiridos pelos companheiros”. (f.).

Interpuseram as rés R. M. K. T. e T. C. K. T. agravo de instrumento para o TJPR, que negou provimento ao recurso.

O acórdão tem a seguinte ementa:

“Agravo de instrumento – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens – Procedência do pedido com determinação de partilha dos bens amealhados pelo casal – Agravo das herdeiras do *de cujus* alegando que não houve comprovação do esforço comum para aquisição do patrimônio como requer a Lei 8.971/1994 – Desprovemento – se a união estável nasceu em 1985 e teve seu término em 1998, aplica-se a Lei 9.278/1996, mesmo que constituída anteriormente à sua publicação, uma vez que a lei tem efeito imediato e geral – Presunção de que o patrimônio foi adquirido em comum esforço de ambos os conviventes – Recurso desprovido.

A Lei 9.278/1996, tem aplicação imediata e geral, conforme preconiza o art. 6.º da LICC, inclusive para as uniões estáveis surgidas anteriormente a sua publicação e que não estava rompida quando surgiu a lei, portanto a Lei 9.278/1996 deve ser aplicada no caso concreto, pois a convivência *more uxório* nasceu em 1985 e somente terminou em 1998.

É irrelevante saber, se a Agravada tinha condições de contribuir financeiramente direta ou indiretamente para a formação do patrimônio, pois uma vez reconhecida a união estável se aplica a regra da comunhão parcial”.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformadas com a decisão colegiada, interpuseram as rés recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da CF/1988, sustentando divergência jurisprudencial e violação dos arts. 6.º da LINDB e 5.º da Lei 9.278/1996.

Afirmam que a questão em discussão influencia diretamente a fase probatória, porquanto se discute nos autos justamente a necessidade de comprovação do esforço comum, no que tange aos bens adquiridos na constância da união.

Alegam que a questão central é quanto aos efeitos criados pela Lei 9.278/1996, se podem atingir as uniões iniciadas onze (11) anos antes de sua vigência.

Sustentam, ademais, o que se poderia admitir em relação à comunhão dos bens é unicamente a presunção do esforço comum quanto aqueles adquiridos após a vigência da Lei 9.278/1996, mas não em relação aos absorvidos anteriormente ao advento do referido diploma legal.

Asseveram que o *de cujus*, quando se uniu a recorrida, já era advogado de renome, fundador de um dos maiores escritórios de advocacia trabalhista do Paraná.

Expõem ter havido o prequestionamento da tese recursal, todavia, caso se entenda que não houve, requerem a anulação do acórdão dos embargos de declaração, por violação do art. 535 do CPC.

Em contrarrazões, afirma a recorrida que: a) o recurso veicula tese contrária à jurisprudência do STJ; b) não houve demonstração da divergência jurisprudencial; c) não houve violação do princípio da irretroatividade da lei, pois a união foi extinta pelo falecimento do companheiro após a vigência da Lei 9.278/1996.

Opina o Ministério Público Federal pelo “improvemento do presente recurso”.
É o relatório.

VOTO VENCIDO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão (relator):

2. Preliminarmente, observo que, conforme decidido à (f.) pelo ilustre Vice-Presidente do Tribunal de origem, não é caso de retenção do recurso especial, pois a decisão recorrida apreciou a tese de mérito central, que constitui a causa de pedir da ação, de modo que a decisão interlocutória enseja o exaurimento do objeto do próprio recurso especial (nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg na MC 18.176/DF, 1.^a T., rel. Min. Benedito Gonçalves; REsp 966.163/RS, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Ademais, a questão tem reflexos no inventário que, segundo narrado pela autora na inicial, encontra-se em trâmite em outro Juízo, visto que os bens que pertencerem à companheira não integram o acervo hereditário:

“Direito civil e processual civil. Família e sucessões. Inventário e partilha. Agravo de instrumento. Tempestividade e correta formação do recurso. Reserva de bens sobre a provável meação da ex-companheira anteriormente deferida. Posse e administração dos bens que a integram. Princípio da dignidade da pessoa humana.

1. Consiste o litígio entre o inventariante, sobrinho do falecido, e aquela que afirma ser ex-companheira do autor da herança, pelo período de 37 anos, até seu falecimento, tendo por base fática a estabelecida pelo TJBA, no sentido de que é alta a probabilidade de que a união estável perdurou o tempo aludido, pendente ainda de julgamento ação para o seu reconhecimento.

2. A administração pelo inventariante do acervo hereditário, tornado indivisível pelas regras do Direito das Sucessões, não esbarra no direito de meação, este oriundo do Direito de Família, e que é conferido ao companheiro quando da dissolução da união estável ou pela morte de um dos consortes.

3. O art. 1.725 do CC/2002 estabelece o regime da comunhão parcial de bens para reger as relações patrimoniais entre os companheiros, excetuando estipulação escrita em contrário. Assim, com a morte de um dos companheiros, do patrimônio do autor da herança retira-se a meação do companheiro sobrevivente, que não se transmite aos herdeiros do falecido por ser decorrência patrimonial do término da união estável, conforme os postulados do Direito de Família. Ou seja, entrega-se a meação ao companheiro sobrevivo, e, somente então, defere-se a herança aos herdeiros do falecido, conforme as normas que regem o Direito Sucessório.

4. Frisa-se, contudo, que, sobre a provável ex-companheira, incidirão as mesmas obrigações que oneram o inventariante, devendo ela requerer autorização ju-

dicial para promover qualquer alienação, bem como prestar contas dos bens sob sua administração.

5. Recurso especial conhecido, mas não provido”. (REsp 975.964/BA, 3.^a T., j. 15.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 16.05.2011)

Outrossim, o acórdão recorrido obtempera a respeito do perigo de dano de difícil reparação:

“Entretanto, se não for apreciado o agravo de instrumento transformando-o em retido, tudo indica, que as ora Agravantes, como herdeiras da herança, poderão ter um prejuízo irremediável, pois estes bens uma vez partilhados pertencerão aos seus respectivos beneficiários, nada impedindo a alienação, o que exigiriam delas um enorme esforço jurídico para tentar recuperar o prejuízo.

Destarte, o presente recurso deve ser apreciado como agravo de instrumento, para que se evite às Agravantes, lesão grave e de difícil reparação”. (f.).

3. A questão controvertida consiste em saber se podem ser aplicadas as mesmas regras da Lei 9.278/1996, no que tange à comunhão de bens adquiridos por união estável (“concubinato puro”) iniciada antes de sua vigência, mas que perdurou e encerrou-se em outubro/1998, com a morte do varão.

A decisão de primeira instância dispôs:

“A persistência em produzir provas inúteis, me obriga a antecipar a questão de mérito. O que se busca com a presente ação é tão somente o reconhecimento da união estável com os efeitos patrimoniais sobre a meação dos bens adquiridos durante a união. No máximo, além do reconhecimento da união, será decidido se os bens indicados na exordial foram adquiridos durante a união e podem ser objeto de partilha no inventário.

(...)

3) Outrossim, cumpre destacar que qualquer prova no sentido de saber se a autora tinha condições de contribuir financeiramente para a formação do patrimônio é irrelevante, pois uma vez reconhecida a união estável, se aplica a regra da comunhão parcial. Irrelevante o elemento dependência econômica para a configuração da união livre estável, ao contrário do sistema anterior em que a divisão dependia da prova de colaboração conjunta para a formação do acervo patrimonial.

(...)

Cumpre destacar que a Lei 9.278/1996 aplica-se às uniões estáveis existentes quando da sua vigência, ainda que iniciada a convivência anteriormente, mas não atinge as relações extintas até 29.12.1994. Como no presente caso a união iniciou-se em 1984 e somente se extinguiu em 1998, por certo a ela se aplicam as regras do § 3.^o do art. 226 da CF/1988, posteriormente regulamentada pela Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 e atualmente pelo art. 1.723 do CC/2002”. (f.).

Doutrina citada

- CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 257-260; e
- RT 623/13.

O acórdão recorrido, por seu turno, consigna:

“Quanto ao mérito, sem razão as ora Agravantes, que tentam crer que a ora Agravada não possui direito a meação, sob o pressuposto que a união estável foi constituída anteriormente a Lei 9.278/1996, necessitando de prova da contribuição efetiva da companheira nos bens adquiridos durante a união estável.

Dispõe o art. 5.º da Lei 9.278/1996, que: Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou pro ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrário e em contrato escrito.

Conforme denota-se dos autos, a união estável do casal já existia desde 1985, e durante a vigência da união estável do casal, presumi-se que os bens foram contraídos pelo esforço de ambos.

Por outro lado, não há como acolher a pretensão das Agravantes, de que a Lei somente regularia situações futuras, não podendo ter seus efeitos estendidos em relações anteriores a sua vigência, ainda que essas relações jurídicas tivessem continuidade após o nascimento da Lei.

(...)

Desta feita, percebe-se que a Lei 9.278/1996 tem aplicação imediata e geral, inclusive para as uniões estáveis surgidas anteriormente a sua publicação, consequentemente deve ser aplicada ao caso concreto, pois, frisa-se a convivência more uxório começou em 1985 e teve seu término em 1998, com o falecimento do companheiro J. R.

Dessa forma, é irrelevante saber se a Agravada tinha condições de contribuir financeiramente para a formação do patrimônio, afinal uma vez reconhecida a união estável se aplica a regra da comunhão parcial.

Assim, tendo em vista que os bens foram adquiridos por esforço comum dos conviventes, agiu bem o Magistrado....

(...)

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de (f.), esgotou o tema, pois vejamos: ‘É totalmente sem suporte algum tal teoria levantada pelas agravantes, uma vez que era aplicada ao caso *sub judice* as regras da união estável apontada na Lei 9.278/1996 (atualmente é o Código Civil de 2002) que não estabelecia prazo mínimo para constituição de uma união estável, devendo esta ser apenas duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, conforme estabelece o art. 1.º da referida Lei, não apontando qualquer lapso temporal mínimo para sua constituição.

Outrossim, mesmo que fosse aplicada a Lei 8.971/1994, que estabelecia que o prazo mínimo para que se constituísse uma união estável era de cinco anos, sabe-se que a sentença que reconhece a união estável é uma sentença declaratória e

que, portanto, tem seus efeitos *ex tunc*, retroagindo a data do início do convívio, sendo absurdo pensar que a união estável só teria início após os cinco anos. Portanto todo patrimônio adquirido por qualquer dos companheiros a título oneroso deve ser partilhado entre ambos'. (f.).

Diante do exposto, voto pelo desprovemento do agravo de instrumento, mantendo-se inalterada a decisão monocrática, por esses e por seus próprios fundamentos". (f.).

Não controvertem as partes, portanto, quanto ao fato de que houve união estável entre o genitor das recorrentes e a recorrida, no período de 1985 a 1998, tendo a convivência se findado em decorrência do falecimento daquele.

3.1. O concubinato, anteriormente à Constituição Federal de 1988 (que reconhece, no art. 226, § 3.º, a união estável como entidade familiar) e às Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, já era realidade social reconhecida pela jurisprudência, inclusive do STF, que editara várias súmulas dispondo a respeito do tema.

Igualmente, havia normas infraconstitucionais dispondo a respeito de algumas questões relativas ao concubinato, bem como a Súmula 159 – do extinto TFR –, a qual estabelecia que “é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”.

Como *havia lacuna na legislação, nos termos dos arts. 126 do CPC e 4.º da LINDB, o caso deve ser solucionado de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Com efeito, para colmatar a lacuna, o STF veio a editar o enunciado da Súmula 380/STF, no já distante ano de 1964:

“As lacunas voluntárias ou intencionais são as que o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas excessivamente minuciosas ou porque, por não se sentir em condições adequadas, entende ser mais propício confiar ao juiz a missão de encontrar a norma mais específica. As não intencionais ou involuntárias são as que podem surgir quando o elaborador da norma não observou o direito cabalmente (lacuna da previsão), seja porque a matéria não existia na época (lacuna desculpável), seja porque não examinou o caso corretamente (lacuna indesculpável). Por outras palavras, as lacunas podem ser intencionais ou involuntárias conforme resultem da deliberação do legislador em não regular certas situações por não reputá-las amadurecidas, deixando-as entregue à decisão judicial, ou da omissão decorrente da pouca visão do elaborador de normas.

(...)

Endossando essas ideias, podemos dizer que a elaboração das normas individuais, no cumprimento da missão integradora, não é uma criação autônoma do juiz, mas conforme o sistema, recorrendo-se tão somente às pautas autorizadas pela norma.

Além disso, o processo judicial não tem por escopo acabar com ressentimentos, eliminar conflitos, mas pôr-lhes fim. A decisão, em seu conceito moderno, solu-

Legislação citada

- arts. 5.º, XXXVI, 105, III, *σ* e *ç*, e 226, § 3.º, da CF/1988; arts. 524, 1.660, 1.719, III, 1.723 e 1.725 do CC/2002; arts. 126, 535 e 542, § 3.º, do CPC; arts. 4.º e 6.º da LICC (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro); art. 5.º, *caput*, § 1.º, da Lei 9.278/1996; art. 2.º, III, e 3.º da Lei 8.971/1994; Lei 6.515/1977; Lei 6.367/1976; e art. 52, II, do RISTJ.

ciona uma questão sem eliminá-la, pois ressentimentos, decepções não podem ser institucionalizados. A decisão jurídica distingue-se das demais, porque é idônea para terminar conflitos, pondo-lhes um ‘fim’. Pôr fim não quer dizer eliminar incompatibilidades; significa tão somente que os conflitos não podem mais ser retomados no plano institucional (coisa julgada), não tendo, portanto, o poder de eliminar as dúvidas, que podem subsistir após a decisão dos conflitos”. (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 e 106).

Dessarte, embora seja certo que, anteriormente às Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, não havia normatização dispendo a respeito dos bens adquiridos durante a sociedade conjugal; existia, inequivocamente, o reconhecimento de que da união exsurgia direitos de natureza patrimonial, que deveriam ser reconhecidos, no caso de sua dissolução.

A doutrina esclarece:

“Desfeito o equívoco de que união estável não é família, ela deixa o campo meramente do Direito das Obrigações para ser tratado, convenientemente, pelo Direito de Família. É Orlando Gomes, muito antes da Constituição de 1988, quem nos garante: ‘Não deixam de ser de família as relações ente concubinos e entre eles e sua prole’.

Não é o ato formal de casamento que realmente interessa ao Estado, mas o que ele representa como forma de união duradoura entre um homem e uma mulher para finalidades essenciais à vida social (...). Da mesma forma não se pode condenar a política de reconhecimento dos efeitos da união livre, em nome de falsos pressupostos éticos.

(...)

Nas palavras do cientista de Direito João Baptista Villela, em trabalho intitulado *Concubinato e Sociedade de Fato*:

‘Fenômeno presumivelmente tão antigo quanto as primeiras manifestações gregárias do ser humano, o concubinato adquiriu na sociedade contemporânea, depois de ter sido exorcizado, a princípio pelo casamento e logo depois pelo casamento civil, ampla extensão e importância decididamente singular.’

Esta importância tem sido cada vez mais absorvida pelo Direito. Podemos observar isto, principalmente, pelas decisões dos tribunais, que são os grandes responsáveis pelo estabelecimento dos parâmetros de proteção a estes casamentos

informais, já que a normatização e textos legislativos esbarra em dificuldades e contradições, como se disse no capítulo anterior.

As tendências e as tentativas de estabelecer os efeitos da união estável são sempre no sentido de equipará-la a um casamento oficial, fazendo-se uma analogia às regras definidas de um casamento civil, mas com as peculiaridades e os cuidados morais, às vezes até mesmo moralistas, de cada tribunal.

Podemos dizer, então, que de um casamento informal, ou seja, de uma união estável, estabelecem-se relações pessoais e patrimoniais com consequentes efeitos jurídicos.

(...)

Provavelmente, os motivos pelos quais se opta pelo não casamento transcendem uma simples escolha consciente, se considerarmos os efeitos jurídicos das relações pessoais de união estável.

(...)

Mas o que está no cerne dessa relação é a comunhão de afetos, e esta não se rompe sem dor, sem sofrimento.

(...)

Alguns autores chegam a enumerar como causa da opção pela união estável alguns fatores de ordem prática e de conveniência, como leis previdenciárias que favorecem a mulher solteira e viúvas pensionistas, empresas que não admitem mulheres casadas etc.

(...)

Apesar de todas as tentativas de regulamentar este tipo de relação, não há, no Direito brasileiro, um estatuto que discipline ou regule por completo a união estável.

(...)

Os textos legislativos, ou dispositivos em leis esparsas, surgiram em decorrência de uma evolução jurisprudencial, como as normas em matéria previdenciária ou os dispositivos da lei de locação.

Os efeitos patrimoniais dessas relações foram demarcados, em nosso Direito, principalmente pela jurisprudência. Esta, por muito tempo, foi vacilante em relação à matéria.

(...)

O ‘espírito’ jurisprudencial sobre o direito concubinário, para suas consequentes repercussões patrimoniais, teve como esteio, por muito tempo, três súmulas do Supremo Tribunal Federal, que contêm os elementos balizadores e refletem uma evolução que se vem fazendo.

(...)

A partir daí temos os elementos referenciais, nos quais os tribunais sempre se pautaram.

É certo que há posições diferenciadas sobre o assunto e mesmo interpretações menos e mais extensivas sobre essas súmulas. *Por exemplo, quando se fala, na Súmula 380, em ‘esforço comum’ para efeitos de partilha, o entendimento mais recente é de que não é necessário que a contribuição de uma das partes tenha sido financeira. Basta que uma delas tenha dado suporte doméstico para que a outra pudesse construir ou realizar, ou seja, basta que tenha sido uma contribuição indireta*”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50-65).

“A começar de 1950, alcançou a matéria grande desenvolvimento, gerando debates e dirigindo-se para o reconhecimento do direito da mulher – ... chegando a culminar no STF que, num dos muitos julgamentos, assentou: ‘A jurisprudência do STF predomina no sentido de que se for reconhecida no curso da união livre more uxório a existência de uma sociedade de fato, pela conjugação de esforços entre os concubino na formação do patrimônio, tem direito a mulher à partilha dos bens. A medida maior ou menor da colaboração da mulher naqueles esforços é secundária e se reconhecida pelo tribunal que julgou os fatos, não pode ser reexaminada em recurso extraordinário’.

Ao homem se estendeu o mesmo direito, em tempos pretéritos: ‘O concubinário tem o direito de pleitear a partilha dos bens do casal, adquiridos com as economias de ambos durante a mancebia’.

Ficou praticamente cristalizado o direito com a Súmula 380 do STF, que assegurava: ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’.

(...)

Foi com a Constituição Federal de 1988 que se tornou dogma o direito a ponto de inserir o concubinato estável em uma forma de família, proclamando o art. 226, § 3.º:

(...)

Nada mais fez a Carta Federal que reconhecer um fenômeno social comum e generalizado em todo o país, tornando-se necessária a sua regulamentação. Seguiram-se, nesse intento, a Lei 8.971, de 29.12.1994, tratando dos direitos dos companheiros a alimentos e a sucessões; e a Lei 9.278, de 13.05.1996, com regras sobre a conversão da união estável em casamento.

(...)

Não entram na comunhão, os bens que um dos conviventes trouxe, o que é um paradigma universal, segundo revela Humberto Ruiz:

(...)

No mínimo há de se comprovar a presença do convivente no lar, dando suporte à vida do outro convivente, nem que seja em atividades domésticas, como desde o início pontifica na antiga jurisprudência:

(...)

O STJ implantou essa mesma linha: ‘Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxório*, a contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência da sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional’. Este o ponto de vista defendido por Álvaro Villaça Azevedo, autor do anteprojeto da Lei 9.278, reportando-se em vasta jurisprudência do STJ: ‘Mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o esforço comum dos concubinos nessa formação do seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia’. Realça-se, no STJ, ‘a contribuição indireta’ do (a) companheiro (a), podendo essa contribuição consistir ‘na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos’.

Importa, ainda, que, durante a administração do lar por qualquer um dos conviventes, se formem ou ampliem as economias das quais resultará o patrimônio comum, o que não acontece na hipótese do companheiro ou da companheira, antes da união de fato, já ser rico e não tendo havido, posteriormente, um acréscimo de bens em virtude da concorrência, na sua formação, da outra pessoa a quem se ligou”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 913-925).

“A jurisprudência do STF, sintetizando as decisões retiradas das cortes locais, firmou, nas suas súmulas, as seguintes teses em relação ao concubinato:

a) Súmula 382: ‘A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato’.

b) Súmula 35: ‘Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio’.

c) Súmula 380: ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’.

(...)

A Constituição Federal de 1988 elevou a união estável entre o homem e a mulher ao status de entidade familiar, a merecer a proteção do Estado.

(...)

A inovação foi amplamente louvável. Como afirmamos antes, não era possível ignorar o concubinato.

(...)

O Min. Carlos Alberto Direito, em trabalho a respeito da matéria, afirmou que:

‘Ora, se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas de *entidade familiar*’.

(...)

Tivemos o ensejo de historiar a evolução do concubinato/união estável, evidenciando que, por longo tempo, só ensejou restrições por parte do legislador e que, finalmente, a partir da década de 1960, quando ainda não se admitia o divórcio em nosso país, a doutrina e a jurisprudência foram, aos poucos, afastando as sanções que pesavam sobre a relação entre companheiros, especialmente quando não envolvendo o adultério, com a consequência de admitir que os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato deveriam ser reconhecidos mesmo quando tinha suas origens na coabitação entre um homem e uma mulher que, embora não casados, viviam como se o fossem. Na mesma fase houve uma evolução quanto aos direitos não patrimoniais, admitindo-se, em virtude da Lei 6.515, de 26.12.1977, que a concubina pudesse usar o nome do companheiro no caso de união estável.

(...)

Na realidade, também surgiram dúvidas quanto ao efeito imediato do art. 226, § 3.º, da CF/1988, entendendo alguns que a sua vigência deveria depender de regulamentação pela lei ordinária, enquanto outros preferiam considerá-lo de caráter autoaplicável.

(...)

Para maior segurança jurídica, formou-se rapidamente um consenso no sentido de ser aconselhável a elaboração de uma lei que completasse o texto constitucional, permitindo a uniformização da jurisprudência e o consenso da doutrina. Foi respondendo a esses anseios do mundo jurídico que veio a ser aprovada a Lei 8.971, de 29.12.1994, que introduziu definitivamente o concubinato no direito de família e no direito sucessório”. (WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297-305).

“Além disso, antes mesmo da edição dessas duas Leis da entidade familiar, a doutrina e a jurisprudência vinham concedendo aos companheiros os mesmos direitos dos casados, não havendo razoabilidade, pois, em edificar-se um retrocesso social.

(...)

Porém, se a entidade familiar foi desfeita antes da Constituição Federal de 1988, aí não poderão ser aplicadas as Leis 8.971/1994, 9.278/1996 e o Código Civil de 2002, visto que somente a partir da maior Carta Jurídica do País é que foi criado um estatuto legal, que resguardou os direitos dos casados aos companheiros.

Em outros termos, se a união estável foi criada e dissolvida antes da Constituição Federal de 1988, aplica-se o Direito das Obrigações. Agora, se a entidade familiar foi criada e desfeita a contar da Carta Magna, ou, ainda, se edificada e rompida

durante a vigência dessa Carta Cidadã, aí sim se aplicam todas as regras do Direito de Família. (WELTER, Pedro Belmiro. *Estatuto da união estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 111-113).

3.2. Desse modo, não é despiciendo consignar que, em data mais próxima ao início do concubinato mantido pela recorrida e o *de cujus* – e, portanto, da realidade social dentro da qual foi mantida a união estável, o legislador, suprindo a omissão de outrora, veio a regular a matéria.

As Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 vieram a regulamentar as matérias relativas à união estável, atinentes aos alimentos, sucessão e ao regime de bens.

Prescreve o art. 5.º da Lei 9.278/1996, dispositivo tido por violado:

“Art. 5.º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Como bem observa Reinaldo Franceschini, no que diz respeito ao patrimônio, em relação à jurisprudência dos tribunais pátrios, esse dispositivo apenas explicitou a presunção de que a aquisição decorreu do esforço comum:

“No que diz respeito ao patrimônio, o art. 5.º da referida lei trata dos bens móveis e imóveis adquiridos pelos conviventes na constância da união estável e a título oneroso, considerando-os fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação escrita em contrário. O disposto neste artigo já era o entendimento do Judiciário, externado na Súmula 380 do STF Com a redação do art. 5.º da Lei 9.278/1996, criou a presunção de que o patrimônio adquirido durante a união estável foi gerado pelo esforço comum, devendo ser partilhado em partes iguais, na hipótese de dissolução da união estável, caso não tenha sido ajustado nada em sentido contrário, por escrito.

Essa presunção é relativa, como ressalva Euclides Benedito de Oliveira, pois o condomínio se exclui por estipulação contratual em contrário, e pode haver a hipótese de o bem ter sido adquirido com o produto da venda de outros adquiridos anteriormente à união”. (FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência sucessória na união estável*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 38).

Rodrigo da Cunha Pereira, com propriedade, pondera que a presunção do esforço comum é um tardio reconhecimento ao papel historicamente desempenhado

Jurisprudência citada

- STF: ADIn 2.240/BA e RE 9.855; e
- STJ: AgRg na MC 18.176/DF, REsp 966.163/RS, REsp. 397.168/SP, REsp 397.168/SP, REsp 13.785/PR, REsp 60.073/DF, REsp 38.657/SP, EDcl no REsp 1.026.981/RJ, EREsp. 964.780/SP, REsp 330.175/PR, REsp. 1.171.820/PR, REsp 1.171.820/PR, 986.290/RS, REsp 361/RJ, REsp 92.131/ES, AgRg no Ag 9.206/RS, REsp. 986.290/RS, REsp 183.718/SP, REsp 147.098/DF, REsp 147.098/DF, REsp 174.051/RJ, REsp 1.097.581/GO, REsp 975.964/BA e REsp. 914.811/SP.

pelas mulheres na sociedade brasileira, visto que significa conferir o necessário e merecido valor ao suporte doméstico (esforço indireto) prestado pelo convivente que, evidentemente, não se restringe ao mesmo trabalho realizado por uma empregada doméstica:

“O ‘espírito’ jurisprudencial sobre o direito concubinário, para suas consequentes repercussões patrimoniais, teve como esteio, por muito tempo, três súmulas do STF, que contêm os elementos balizadores e refletem uma evolução que se vem fazendo.

(...)

A partir daí temos os elementos referenciais, nos quais os tribunais sempre se pautaram. É certo que há posições diferenciadas sobre o assunto e mesmo interpretações menos e mais extensivas sobre essas súmulas. Por exemplo, quando se fala, na Súmula 380, em ‘esforço comum’ para efeitos de partilha, o entendimento mais recente é de que não é necessário que a contribuição de uma das partes tenha sido financeira. Basta que uma delas tenha dado suporte doméstico para que a outra pudesse construir ou realizar, ou seja, basta que tenha sido uma contribuição indireta:

(...)

Com isto e sempre refletindo as alterações dos costumes, o STJ, por sua 4.^a T., em acórdão do Min. Fontes de Alencar, inclinou-se a adotar a posição mais liberal, reconhecendo a contribuição indireta para a formação do patrimônio formado durante a relação combinaria, na seguinte decisão em um recurso especial:

(...)

Parece-nos ser mesmo esta a posição mais moderna do Direito corroborada mais de uma vez pelo STJ.

(...)

O significado e a importância da contribuição indireta estão muito além das relações decorrentes de uma união estável. *Este entendimento significa o reconhecimento do necessário suporte doméstico, historicamente dado pelas mulheres.* Significa atribuir um conteúdo econômico a esse tão desvalorizado trabalho. A atribuição de um ‘valor econômico’ a esse trabalho *significa dar-lhe seu merecido valor.*

(...)

Suporte doméstico não significa as tarefas desenvolvidas muitas vezes por uma ‘empregada doméstica’. É muito mais que isso”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50-65).

3.3. No caso, são possíveis, em tese, duas soluções jurídicas para o período de vazio legal, isto é, anteriormente ao instituto jurídico da união estável: adotar a literalidade da vetusta Súmula 380/STF, ou aplicar as regras da lei que veio a ser editada no decurso do concubinato.

No que tange à Súmula 380/STF, embora não se cuide de regra legal, o escólio de Eros Roberto Grau é valioso para a compreensão de seu texto contemporaneamente:

“33. *A atualização do direito*

Um outro aspecto reclama ponderação. É que a interpretação do direito encaminha a *atualização* do direito.

Ela sempre, necessariamente, se dá no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve expor o enunciado semântico do texto no *contexto histórico presente* (não no contexto da redação do texto).

Todo texto pretende ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Isto – observa Marí (1991: 243) – e a afirmação de Gadamer, de que compreender e aplicar constituem o anverso e o reverso de uma mesma medalha.

‘As leis – segundo Gadamer (1991: 380 e ss.) – não pretendem ser interpretadas historicamente, cabendo à interpretação torná-las concretas em sua validade jurídica. O texto deve ser compreendido em cada situação concreta de maneira nova e distinta. A mobilidade histórica da compreensão, relegada a segundo plano pela hermenêutica romântica, representa o verdadeiro centro de uma hermenêutica adequada à consciência histórica (*o intérprete tem de apreender a tensão natural entre o momento da construção do texto – o passado- e o momento da construção da norma – o presente- e, assim, enfrentar a mobilidade da situação concreta à qual se há de aplicar essa norma*) (p. 380). O intérprete não pretende outra coisa senão compreender o texto, compreender o que diz a tradição e o que dá sentido e significação a ele. *Para compreender isso não lhe é dado querer ignorar-se a si próprio e à situação hermenêutica em que se encontra. Está obrigado a relacionar o texto a esta situação, se é que pretende discernir algo nele* (p. 396).

(...)

Pelo contrário, *está obrigado a reconhecer que as circunstâncias sofreram alterações* e, conseqüentemente, a determinar em novos termos a função normativa da lei (p. 389-390). A tarefa da interpretação consiste em *dar concreção à lei* em cada caso, isto é, em sua aplicação’.

Linhas acima afirmei que se dá na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da 6.^a Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea as duas são autênticas – e corretas. Mais do que isso ocorre, pois se altera, no tempo, o ‘modo de ouvir’ as sinfonias, de modo que poderíamos dizer que o intérprete da 6.^a Sinfonia a interpreta em coerência com as circunstâncias determinantes dessas alterações no ‘modo de ouvir’ a música, e – paradoxalmente – a interpretação, hoje, sob a regência do próprio Beethoven, da 6.^a Sinfonia não seria tida como correta...”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120-122).

A matéria, relativa à *regulação de fatos pretéritos do concubinato puro, com base na solução ulteriormente conferida pelo legislador*, foi apreciada por este colegiado no julgamento do REsp. 397.168-SP, assim ementado:

“Civil – Recurso especial – União estável – Herança – Falecimento do companheiro sem ascendentes ou descendentes – Aplicabilidade da Lei 8.971/1994 a fatos pendentes – Possibilidade – Sociedade de fato – Comunhão de aquestos – Inexistência de retroatividade (art. 6.º da LICC).

1 – A união estável, quer antes, quer depois da edição da Lei 8.971/1994, gera direitos e obrigações, já que é um fato jurídico, e, como tal, desafia a proteção estatal. Logo, tais relações foram equiparadas as sociedades de fato, sendo os bens sujeitos ao chamado regime de comunhão de aquestos.

2 – Se tal relação, que se perpetua durante um longo período, configura-se pelo *animus* que inspira os companheiros a viverem como casados fossem, não se pode alegar que a Lei 8.971/1994, ao regular a matéria acerca dos alimentos e da sucessão de tais pessoas, somente surtiria efeitos futuros, deixando ao desabrigo toda a construção legislativa e pretoriana de que se tem notícia.

Inexistindo referência na lei do termo inicial da contagem do prazo quinquenal para aquisição do direito, deve-se aplicá-la, revestida que é do caráter benéfico, a todos os fatos pendentes.

3 – Assim, no caso concreto, já que dúvidas não há nos autos de que a autora era companheira do falecido por longos 07 (sete) anos; que o mesmo não deixou descendentes e ascendentes; que nos termos da lei esta é herdeira da totalidade dos bens deixados (art. 2.º, III, da Lei 8.971/1994), porquanto a mesma atinge as situações pendentes; não há que se falar em violação ao art. 6.º da LICC.

4 – Recurso não conhecido”. (REsp 397168/SP, 4.ª T., j. 26.10.2004, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004, p. 315).

No mencionado precedente, relatado pelo eminente Min. Jorge Scartezini, Sua Excelência – mencionando *precedentes desta Corte e do STF, da relatoria do Min. Moreira Alves conferindo solução que destoa da literalidade da Súmula 380/STF* – alertou que, desprezar o disposto na Lei 8.971/1994, significaria “deixar ao desabrigo toda a construção legislativa e pretoriana de que se tem notícia”:

“Inicialmente, anoto que o cerne da questão no presente recurso especial cinge-se na aplicabilidade imediata ou não da Lei 8.971/1994 aos direitos sucessórios das pessoas que vivem no regime de comunhão estável.

A comunhão de bens entre marido e mulher, ou entre companheiros, não tem antecedentes romanos, como alguns pensam (*Digesto XXXIV, 1, 16, 3*), mas sim, têm suas origens nos costumes germânicos da idade média (Silvio Rodrigues. *Direito de Família*. p. 165). Chegou ao nosso ordenamento, através das Ordenações Afonsinas (Livro 4, Título 12, § 5.º) e, posteriormente, as Manuelinas e Filipinas.

Antes mesmo da edição da Lei 8.971/1994 e da própria Constituição Federal da 1988, mais exatamente a cinco decênios, a jurisprudência pontificou o reconhecimento da sociedade de fato entre concubinos para fins patrimoniais, havendo inclusive, verbete sumular no Pretório Excelso (Súmula 380/STF). Alguns dizem que os direitos da concubina ou da companheira são frutos da criação jurisprudencial, consolidados pela Magna Carta de 1988.

Todavia, conforme ensina-nos *Antônio Chaves* (RT 623/13), ‘... assim terá sido a princípio. Mas José Tavares (“O concubinato”, Suplemento Jurídico do DER, PJ, 108, julho-setembro/1982) enumera a série de textos legais que já regulamentam a matéria: reconhecimento de filhos (Lei 6.515, de 26.12.1977); Lei de Acidentes do Trabalho (Dec.-lei 7.036,^{NE1} de 10.11.1944); seguro de acidentes do trabalho (Lei 6.367, de 19.10.1976); renda do presidiário (Lei 2.699, de 17.6.1954); em matéria previdenciária (Lei 4.297,^{NE2} de 23.12.1963), Dec. 76.022, de 24.07.1975 e 77.077,^{NE3} de 24.01.1976; salário-família do funcionário público, a pensão de viúva, tanto a de servidor com a de empregado vinculado ao Sistema da Previdência Social, e o imposto de renda (onde a concubina pode ser considerada dependente para efeitos de isenção) ...’.

Desta forma, dúvidas não há que a união estável, quer antes, quer depois da edição da Lei 8.971/1994, irradia direitos e obrigações, já que é um fato jurídico, e, como tal, desafia a proteção estatal. Logo, equiparou-se tais relações as sociedades de fato, sendo os bens sujeitos ao chamado regime de *comunhão de aquestos*.

Moura Bittencourt, com precisão, assevera acerca da colaboração da companheira na aquisição ou manutenção dos bens, o seguinte:

‘Se o dever de consciência não chega a ditar o cumprimento da obrigação natural, pelo espontâneo atendimento, – terá lugar a obrigação jurídica. Os repertórios de jurisprudência dão notícia de decisões assim norteadoras. É suficiente a permanência da concubina no lar, nas lides domésticas, em cooperação útil e, só com isso, reconhecem-se efeitos patrimoniais à sociedade *more uxório*, não se precisando exigir participação da companheira fora do lar, em trabalho produtivo.

Serve, pois, para demonstração da sociedade de fato a colaboração da concubina no lar, deduzida de uma abnegada vida em comum, ou da convivência *more uxório*, por muitos anos, já decidiu o Supremo Tribunal’. (*Concubinato*, 3. ed. 1985, p. 104).

Na mesma esteira, ou seja, pela contribuição indireta, voto do ilustre Min. *Moreira Alves*, in *RSTJ* 25/335, ao registrar que ‘... admite-se que essa colaboração possa decorrer do próprio labor doméstico, nos casos em que, graças à administração do lar

NE1. Nota do Editorial: Revogado pela Lei 6.367/1976.

NE2. Nota do Editorial: Revogada pela Lei 5.698/1971.

NE3. Nota do Editorial: Revogado pelo Dec. 89.312/1984.

pela mulher, se façam, ou se ampliem economias, graças as quais se forma o patrimônio comum’.

Elucidativas, neste particular, as palavras do Min. *Athos Carneiro*, quando relator do REsp 13.785/PR: ‘Realmente, se do trabalho e da atividade de duas pessoas em conjunto surge um patrimônio, ou resultam acréscimos ao patrimônio já existente de uma delas, é evidente que no plano do direito das obrigações e do direito das coisas resultou um condomínio sobre o patrimônio surgido, ou sobre a parcela acrescida, pouco importando se um dos partícipes na formação do patrimônio já é casado, e pouco importando se os partícipes mantêm ou não convivência *more uxório*’.

No mesmo sentido, os precedentes contidos nos REsp 60.073/DF, rel. para o acórdão Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJU 15.05.2000 e REsp 38.657/SP, rel. Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJU 25.04.1994.

Logo, se a união estável se configura pelo *animus* que inspira os companheiros a viverem como casados fossem, não se pode alegar que a Lei 8.971/1994, ao regular a matéria acerca dos alimentos e da sucessão de tais pessoas, somente surtiria efeitos futuros, deixando ao desabrigo toda a construção legislativa e pretoriana de que se tem notícia. Inexistindo referência na lei do termo inicial da contagem do prazo quinquenal para aquisição do direito, deve-se aplicá-la, revestida que é do caráter benéfico, a todos os fatos pendentes”.

Nesse passo, cabe destacar que, no caso, *não há falar em conflito, pois isso só se poderia ser cogitado caso houvesse norma anterior versando acerca do patrimônio adquirido pelos conviventes, pois há “possibilidade de conflito somente entre duas normas positivas que se achem em pé de igualdade”*. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 27).

A doutrina esclarece esse fenômeno de aparente retroatividade da Lei:

“Realmente, fosse o ‘mundo jurídico’ de outra natureza, e não seria possível falar-se em retroatividade, ao menos nesta acepção. No mundo físico ou material, ninguém pode ‘voltar ao passado’, de forma que aquilo que aconteceu não mais aconteça, ou aquilo que se processou de uma certa forma deixe de ter assim se processado. Não há como ‘retro-agir’ neste particular campo da realidade.

O mesmo, todavia, não acontece no universo dos fenômenos ideais.

(...)

Hoje, em pensamento, é perfeitamente possível se considerar que o passado não se fez idealmente realizar desta ou daquela forma, para os fins presentes que de momento se pretendem ver alcançados.

É o que ocorre com o universo formado pelas normas jurídicas. Por serem realidades ideais, podem agir valorativamente sobre o passado, para disciplinar condutas no tempo presente. Valoram o que ocorreu no tempo anterior à sua própria existência,

Súmula citada

- 35, 377, 380 e 382 do STF; e
- 7 e 126 do STJ.

para hoje ditarem comandos ou prescrições acerca do que pode, deve ou não ser realizado de forma lícita.

Tal constatação, aliás, nos é bem esclarecida, com inigualável maestria, por Gaetano Pace. Sustentando que a retroatividade deve sempre ser entendida como uma ‘valoração jurídica do passado’ (*valutazione giurídica del passato*), afirma que ‘*se la norma, come comando, é rivolta essenzialmente verso il futuro, la norma come valutazione’ (cioé come criterio di valutazione dei fatti umani), ‘puó anche rivolgersi verso il passato’*. Assim, acaba por concluir, ‘*la valutazione retroattiva viene a consistere in una nuova e diversa valutazione che si sostituisce a quella originária cioé in una rivalutazione giurídica’*.

Claro, assim, ao contrário do que parecem mesmo pensar alguns, a retroatividade de uma lei não implica que se pretenda ‘comandar’ (dirigir comandos) o passado, visto que tal seria impossível. Sua ‘invasão’ ao período anterior à sua vigência implica unicamente que juridicamente o passado será ‘valorado’ diferentemente, para fins de que no presente sejam dadas de certa forma as condutas humanas que se pretende prescrever. Valorará um passado (positivo ou negativo), anteriormente considerado como juridicamente irrelevante, como relevante, (ou vice-versa); afirmará que os efeitos de um fato jurídico passado, definidos de acordo com a lei de seu tempo, passam a ser valorativamente outros, desde o início da sua projeção.

(...)

Seu conceito recai unicamente na função ‘valorativa’ destas normas, e nunca propriamente na sua função de prescrever condutas, também chamada por alguns de ‘imperativa’.

Por fim, para que não passe sem o devido realce, torna-se importante assentar a constatação que resta implícita em tudo que acabamos de afirmar, que é a de que a valoração que decorre da ação retroativa da lei nova é sempre uma ação jurídica modificadora do passado. Uma norma que em nada altera juridicamente o período que antecedeu a sua vigência não pode, por conseguinte, ser entendida como retroativa.

(...)

Realmente, sendo a lei o instrumento pelo qual se institui em um dado plano hierárquico do ordenamento jurídico certas normas de direito positivo, nada mais óbvio que o ‘agir retroativo’ de um diploma legislativo seja, em última instância, o ‘agir sobre o passado’ das próprias normas que o integram. E sendo assim, nada mais evidente, ainda, que o *modus* pelo qual uma norma valorativamente ‘invade’ o período jurídico decorrido antes da sua vigência deva ser, em alguma medida, ditado pelos próprios elementos que constituem a sua estrutura.

Donde decorrer a necessidade, para a precisa delimitação conceitual da retroatividade, do estudo dos componentes da norma jurídica que, em princípio, podem dar ensejo à própria configuração da ação pretérita de uma lei, em uma dada situação concreta de alteração legislativa”. (CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 257-260).

Calha novamente a abalizada lição de Carlos Maximiliano, quanto aos fatos, que os classifica como “pendentes”, em regra, prevalece a norma recente.

Outrossim, o renomado doutrinador observa que a *norma recente, que reconhece um princípio de justiça ou que cria um novo instituto jurídico, aplica-se aos fatos pretéritos*; fazendo, ainda, com menção à lição de Ihering, ponderação que reputo, no caso em apreço, irretorquível: “*A conservação de institutos caducos, inspirada pelo respeito a indivíduo, não corresponde à idéia do Direito; ofende-a; porquanto, onde esta impera, tôda injustiça, uma vez reconhecida, cessa. Desarrazoado seria mantê-los, quando ‘não passam de máscaras vazias, das quais a vida se retirou desde que as doutrinas e os princípios aos quais eles deviam a existência, sucumbiram sob a anátema da História’*”:

“A lei aplica-se imediatamente. A regra, para o juiz, é fazer observar o Direito vigente, salvo nos casos em que o Direito revogado conserva uma certa ultra-atividade. O princípio dominante consiste em que as leis novas se aplicam às relações jurídicas permanentes, ou constituídas depois de entrar em vigor a norma recente, isto é, as relações que surgem ou perduram na vigência do último diploma. (20).

(...)

9 – Retroatividade é o transporte da aplicação da lei a uma data anterior à de sua publicação, a ficção da preexistência da lei.

(...)

Não há conflito entre costumes, nem entre jurisprudências.

(...)

Efeitos de situações anteriores, os quais se desenvolvem ainda e não chegaram ao seu estado final antes do advento da lei nova, pela mesma se regem.

(...)

Quanto aos fatos penderes (*facta pendentia*) em geral, prevalece a norma recente. Ocorrem quatro espécies ou possibilidades: a) situações jurídicas em curso de constituição no momento do advento da lei nova; b) situação jurídica em curso de efeitos, isto é, efeitos posteriores ao momento referido; c) situação jurídica em curso de extinção, ao tempo em que sobreveem o diploma modificador das condições de extinção; d) situações de puro fato, de caráter durável, que, na vigência das regras abrogadas, não haviam produzido a constituição, nem a extinção de uma situação jurídica, e que estavam ainda em curso ao surgirem os últimos mandamentos atribuindo-lhes aquêlo poder de constituir ou extinguir. Nas quatro hipóteses formuladas a solução é uma só: imperam os derradeiros preceitos.

(...)

44 – *O excesso de cautela em evitar o parcel de retroatividade levaria o temeroso de Silas a esbarrar em Caribides; fugindo de um mal, cairia em outro, e maior: o direito do povo à vida, o da consciência geral de desenvolver-se e expandir-se, correria o risco de ser sacrificado pela superabundância de cuidados e atenções para com prerrogativas individuais.*

Um direito, embora concreto, que pretenda ilimitada, eterna duração, assemelha-se à criança que levanta a mão contra a própria mãe; pois tôda franquia jurídica advém do perpétuo evolver.

Aplica-se aos fatos que nasceram sob o domínio da lei antiga, a norma recente que reconhece um princípio científico ou de justiça: por exemplo, supressão da pena cominada para certos atos; investigação da paternidade.

Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granja acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vêzes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma último ressalve ou mande indenizar.

45 – *A conservação de institutos caducos, inspirada pelo respeito a indivíduo, não corresponde à idéia do Direito; ofende-a; porquanto, onde esta impera, tôda injustiça, uma vez reconhecida, cessa. Desarrazoado seria mantê-los, quando “não passam de máscaras vazias, das quais a vida se retirou desde que as doutrinas e os princípios aos quais êles deviam a existência, sucumbiram sob a anátema da História”.*

Não se acoima de *retroativa* a aplicação integral e imediata de uma lei abolitiva da escravidão, da enfiteuse, do fideicomisso perpétuo, da hereditariedade de funções públicas, de equiparação de ginásios particulares aos oficiais. A norma que ampara os filhos naturais, observa-se em relação ao tempo anterior, favorece – a prole nascida antes da promulgação.

(...)

A lei criadora de um instituto jurídico observa-se com amplitude, sem restrição alguma; não há perigo de incorrer em retroatividade, de prejudicar situação estabelecida. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 20-63).

Fábio Ulhoa Coelho leciona que, pela analogia, o magistrado deve buscar no ordenamento uma norma que diga respeito à situação assemelhada, já que é de se pressupor que o Poder, com competência para disciplinar a matéria, tenderia a prestigiar os mesmos valores ou adotar iguais critérios aos que o inspiraram na edição de norma regulando situação semelhante:

“Pela analogia, o juiz deve buscar, no ordenamento em vigor, uma norma jurídica que diga respeito à situação semelhante à do caso em julgamento. Já que não existe nenhuma norma que trate especificamente do caso, determina a lei que o juiz se valha de norma aplicável a fatos assemelhados. O emprego da analogia pressupõe que a autoridade com competência para disciplinar em termos gerais aquela matéria, quando fosse fazê-lo, tenderia a prestigiar os mesmos valores ou adotar iguais critérios aos que a inspiraram na edição de outra norma para uma situação próxima”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 1, p. 75).

No mesmo diapasão:

“Direito civil. Previdência privada. Embargos de declaração no recurso especial. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. *Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa*. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

(...)

– Conquanto questionável a premissa constitucional fixada pelo TJRJ, de que o conceito de união estável não contempla uniões entre pessoas do mesmo sexo, o recurso especial trouxe debate diverso e sob viés igualmente distinto foi a matéria tratada no STJ, porquanto ao integrar a lei por meio da *aplicação analógica* do art. 1.723 do CC/2002, o acórdão embargado decidiu a temática sob ótica nitidamente diversa daquela adotada no acórdão recorrido sem necessidade de tanger o fundamento constitucional nele inserto, porque *não definiu* a união homoafetiva *como união estável, mas apenas emprestou-lhe as consequências jurídicas dela derivadas*.

– Vale dizer, a decisão do STJ terá plena eficácia não sendo, de forma alguma, limitada em seu alcance pela fixação da tese constitucional, transitada em julgado, ainda que o STF viesse a referendar a conclusão de índole constitucional albergada pelo TJRJ.

– Assim, inaplicável, na hipótese julgada, o entendimento da Súmula 126 do STJ, que apenas aponta a inviabilidade de recurso especial quando o recurso extraordinário que veicule idêntica temática for obstado na origem. Aí sim, ocorrendo efetiva prejudicialidade entre possível decisão do STJ e a existência, na origem, de fundamento constitucional inatacado, é de rigor a incidência do aludido óbice.

– A embargante pretende, em suas ponderações, tão somente rediscutir matéria jurídica já decidida, sem concretizar alegações que se amoldem às particularidades de que devem se revestir as peças dos embargos declaratórios.

– A tentativa obstinada no sentido de que incidam óbices ao conhecimento do recurso especial deve ser contemporizada quando em contraposição a matéria de inegável relevo social e humanitário.

– Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na CF/1988.

Embargos de declaração rejeitados”. (EDcl no REsp 1.026.981/RJ, 3.^a T., j. 22.06.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 04.08.2010).

Nesse passo, é conveniente trazer novamente à baila as lições de Maria Helena Diniz e Eros Roberto Grau:

“A *analogia legis* ou individual, na terminologia de Karl Larenz, consiste na aplicação de uma norma existente destinada a reger caso semelhante ao não pre-

visto, importando uma maior vinculação a uma determinada norma, partindo da similitude entre as hipóteses (prevista e não prevista) quanto a seus aspectos essenciais, chegando assim à conclusão da igualdade da consequência jurídica. Gostaríamos de trazer à colação os dizeres de *Del vecchio*: ‘*merced a la analogia, el ámbito de aplicación de la ley, se extiende más allá del repertorio de caso, originariamente, previsto, con tal de que se trata de supuesto similar o afín a aquéllo, y siempre que la ratio legis valga igualmente para un y para otro*’.

A *analogia legis* apóia-se num dispositivo legal existente, que é aplicável à hipótese similar, constituindo-se, portanto, num argumento lógico, numa autêntica reconstrução normativa, produto, por um lado, de uma segurança e estabilidade jurídica e, de outro lado, da flexibilidade do direito. Procura encontrar um fundamento valorativo da norma que permita que nela se englobe a situação não regulada, que, por sua vez, apresenta certa semelhança com o fato contido nessa norma”. (DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 e 106).

“35. A ‘*vontade do legislador*’

(...)

A respeito dela Carlos Maximiliano (1957:33-51) produziu libelo contundente: ‘A lei não brota do cérebro de seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo’ (p. 35). ‘O legislador não tira do nada, como se fora um Deus; é apenas o órgão da consciência nacional’ – daí por que pode a lei ser mais sábia do que o legislador...

(...)

‘Em uma das forjas da lei, no Parlamento, composto, em regra, de duas Câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há o acordo aparente, resultado de profundas contradições. *Bastas vezes a redação final resulta imprecisa, ambígua, revelando-se o produto da inelutável necessidade de transigir com exigências pequeninas a fim de conseguir a passagem da idéia principal*’ (p. 39). ‘O projeto peregrina pelos dois ramos do Poder Legislativo, em marchas e contramarchas, recebendo retoques de toda ordem, a ponto de renegar afinal, espantado do aspecto definitivo da própria obra, o autor primitivo da medida. Como descobrir, naquele labirinto de idéias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?’ (p. 40).

(...)

‘*Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor*’ (p. 48).

(...)

A lei, aliás – o texto normativo, em verdade –, já foi dito, costuma ser mais inteligente do que o legislador”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 124-127).

4. O caso em julgamento é peculiar, pois há norma tratando da mesma situação jurídica que, inclusive, inequivocamente a abrange, pois o concubinato perdurou durante a sua vigência.

Bem por isso, salta aos olhos a seguinte indagação: em havendo constatação de que havia inequívoca lacuna da lei a respeito da matéria em debate, é razoável conferir duas soluções para a mesma situação jurídica?!

Ademais, cabe consignar haver também outra singularidade que reputo relevante: o art. 5.º, *caput*, da Lei 9.278/1996 previu que os conviventes poderiam dispor a respeito do patrimônio adquirido na constância da união para que, portanto, não se presumisse o esforço comum:

“Art. 5.º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1.º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2.º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Ora, se no período de incidência da Lei, o *de cujus*, que segundo aduzem as recorrentes, era advogado conceituado, não buscou afastar a presunção de haver um condomínio – no que tange ao acervo patrimonial obtido no decorrer da união – é prudente, e coerente com a autonomia da vontade, presumir, desprezando a solução oferecida pela lei, que quisesse afastar a presunção para o período de lacuna da lei?!

5. Ademais, em recente julgado da 2.ª Seção, relativo ao EREsp. 964.780/SP, ficou definido que, quando o legislador é silente a respeito do efeito temporal de determinado instituto jurídico que vem a ser consagrado pela lei (caso do instituto da união estável, criado para disciplinar o concubinato puro), por técnica de política judiciária, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna:

“Processo civil. Embargos de divergência em recurso especial. Deserção e ausência de representação processual inocorrentes. Civil. Propriedade industrial. Marca. Caducidade. Efeitos prospectivos (*ex nunc*). Finalidade da lei.

(...)

3. Denomina-se técnica de política judiciária a discussão sobre a direção – para frente (*ex nunc*) ou para trás (*ex tunc*) – e a extensão – limitada ou ilimitada – da atividade temporal dos efeitos de determinado instituto jurídico. Quando o legislador é silente acerca de sua definição, cabe ao Poder Judiciário preencher essa lacuna. Precedente do STF

(...)

6. A prospectividade dos efeitos da caducidade é a mais adequada à finalidade do registro industrial, pois confere maior segurança jurídica aos agentes econômicos e desestimula a contrafação.

7. Embargos de divergência acolhidos para prevalecer a orientação do REsp 330.175/PR, que reconhece efeitos prospectivos (*ex nunc*) da declaração de caducidade da marca industrial”. (EREsp 964.780/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 2.^a Seção, j. 10.08.2011, DJe 29.08.2011).

No mencionado precedente, relatado pela Min. Nancy Andrighi, Sua Excelência dispôs:

“Antes de se fazer essa distinção, devemos compreender a finalidade que se pretende conferir à compreensão da mens legis. Essa finalidade é denominada técnica de política judiciária. Ou seja: quando o legislador não optou por definir de forma explícita a atividade temporal de determinado instituto jurídico, cabe ao Poder Judiciário delimitar sua direção – para frente (*ex nunc*) ou para trás (*ex tunc*) – e sua extensão – limitada a um ponto no tempo ou ilimitada.

Essa técnica advém da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos e foi adotada pelo STF no julgamento da ADIn 2.240/BA. Naquela situação, o STF – diante de uma situação fática consolidada no tempo (criação do Município Luis Eduardo Magalhães/BA) – debateu a atividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que formalizou o novo ente municipal. A precitada técnica foi esmiuçada no voto-vista do Min. Gilmar Mendes na seguinte passagem (f.):

‘(...) a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*’.

(...)

Diante dessas premissas, a direção temporal dos efeitos da caducidade mais adequada à finalidade do registro industrial é – sem dúvidas – a *prospectividade* (*ex nunc*)”.

Nesse passo, como a Corte local apura que houve esforço (direto) comum na formação do acervo patrimonial, é também Rodrigo da Cunha Pereira que alerta sobre a dificuldade de se chegar a outra decisão que não seja a de dividir o patrimônio por igual:

“É nesse pressuposto que a nossa jurisprudência evoluiu. É aí que a Súmula 380 do STF se assenta, considerando a comunhão da companheira como participação em uma sociedade de fato e que, dissolvida, deve ter o conseqüente partilhamento patrimonial. É justo que da vida em comum, da comunhão de interesses, quando de sua dissolução, se busque, uns contra os outros, o arrimo necessário aos seus direitos. Nesta sociedade há também uma comunhão de direitos e obrigações.

É com base na teoria da sociedade de fato que os tribunais buscaram, inicialmente, o suporte de suas decisões. Foi no campo do Direito das obrigações que eles se sustentaram. Com o art. 226, § 3.º, da Carta Constitucional estabelecendo que a união estável também é família, a doutrina tomou outro rumo. Mas a evolução vem se fazendo. Basta voltarmos aos exemplos de reconhecimento da participação indireta na construção do patrimônio do casal-de-fato e o da Súmula 382 do STF, que diz ser dispensável, na caracterização do concubinato, a vida sob o mesmo teto.

O art. 3.º da Lei 8.971/1994 e o art. 5.º da Lei 9.278/1996 constituem a síntese e o reflexo dessa evolução quando estabelecem que se ‘os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens’, e ‘os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito’. O Código Civil de 2002 consolidou esse entendimento, estabelecendo que na ‘União Estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens’ (art. 1.725).

3.1 Critério de partilhamento

Uma outra dificuldade que vinham encontrando os julgadores para estar mais próximos do justo, já que se esteiavam na teoria da sociedade de fato, diz respeito ao critério de partilha, ou seja, se se poderá dividir em partes iguais, ou qual o percentual que caberá a cada um no partilhamento. Na verdade, são raros os casos em que se torna possível, mesmo por estimativa, chegar a percentuais que não sejam de 50% para cada um. É que essas sociedades têm como essência a informalidade e longe estão de controles contábeis, embora em alguns raros casos seja possível proceder a uma medição contábil. Mas a maioria das decisões são no sentido de se estabelecer uma meação, à semelhança de um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens.

(...)

Em síntese, se os conviventes nada pactuarem, serão condôminos dos bens cuja origem for a aquisição onerosa, isto é, exclui-se doações ou heranças recebidas. Cessa, também, a comunhão em caso de sub-rogação, isto é, aquisição de um acervo, durante a convivência, com o produto de bens, cuja aquisição data anteriormente à união. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50-65).

A solução legislativa, além de ser a mais razoável para disciplinar a situação jurídica dos companheiros, mostra-se sábia e de todo conveniente.

É que o afastamento da presunção de que o patrimônio – adquirido na constância da união – foi amealhado por meio do trabalho e da colaboração comum dos companheiros traria, nos casos em que a união for dissolvida pela morte de um dos conviventes, em regra, desequilíbrio processual em prejuízo dos herdeiros do *de cuius*; visto que, normalmente, terão maior dificuldade – se comparado ao companheiro sobrevivente –, em demonstrar quais são os bens adquiridos pelo esforço direto de cada um dos companheiros.

6. Igualmente, em julgado realizado neste ano, referente ao REsp. 1.171.820-PR, a 3.^a T. se valeu, sem qualquer ressalva, da presunção constante no art. 5.^o da Lei 9.278/1996 para a partilha de patrimônio adquirido no decorrer de união iniciada anteriormente à vigência desse Diploma legal:

“Direito civil. Família. Alimentos. União estável entre sexagenários. Regime de bens aplicável. Distinção entre frutos e produto.

1. Se o TJPR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal.

2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.

3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso.

4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.

6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1.^o do art. 5.^o da Lei 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/2002, correspondente ao art. 271, V, do CC/1916, aplicável na espécie.

7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto

de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha.

8. Recurso especial de G. T. N. não provido.

9. Recurso especial de M. de L. P. S. Provido”. (REsp 1.171.820/PR, 3.^a T., j. 07.12.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, relator para o acórdão Min. Nancy Andrighi, *DJe* 27.04.2011).

No invocado precedente, cuja relatora para o acórdão foi a ilustre Min. Nancy Andrighi, Sua Excelência registrou:

“Vale dizer, a lide resume-se a perquirir acerca da necessidade ou não da comprovação do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, com a peculiaridade de que, no início da união estável, assim reconhecida pelo TJPR pelo período de 12 anos (de 1990 a 2002), um dos companheiros era sexagenário.

(...)

E é exatamente nesse ponto do voto do i. Min. relator que rogo as máximas vênias para dele divergir, pois, ao mesmo tempo em que adere ao posicionamento sufragado pela 3.^a T. e também pelo STF, a considerar presumido o esforço comum para a aquisição do patrimônio do casal, declara não haver espaço para presunções ante a afirmação contida no acórdão recorrido de que a companheira não teria contribuído para a constituição do patrimônio a ser partilhado.

Ora, se a hipótese é de presunção do esforço comum, é irrelevante a declaração contida no acórdão impugnado de que inexistente a colaboração mútua. Se essa contribuição é legalmente presumida, não há necessidade de ser perquirida a sua existência. Afinal, a questão jurídica posta a desate é exatamente a de se a hipótese é de presunção ou de comprovação do esforço comum. Aderindo-se ao posicionamento de que o esforço é presumido, afasta-se, por decorrência lógica, a necessidade de sua comprovação ou, ainda, de sua ausência, ou qualquer declaração a esse respeito contida no acórdão recorrido.

Avançando-se nessa ordem de ideias para adentrar nas peculiaridades da lide em julgamento e verificando-se que o patrimônio é composto apenas de bens imóveis e rendas provenientes de aluguéis oriundos desses mesmos imóveis, chega-se à conclusão de que, do ponto de vista prático, para efeitos patrimoniais, não há diferença no que se refere à partilha dos bens com base no regime da comunhão parcial ou no da separação legal contemporizado pela Súmula 377 do STF

Assim acontece porque, ao sofrer essa contemporização, o regime da separação legal adquire contornos idênticos aos da comunhão parcial de bens, que permite a comunicação dos aquestos. As feições de ambos os regimes – o da comunhão parcial e o da separação legal – portanto, confundem-se, ante a incidência da Súmula 377 do STF

Reputo pertinente, por fim, a distinção entre a *incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união*, contida no § 1.^o do art. 5.^o da

Lei 9.278, de 1996, e da *comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão*, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/2002, correspondente ao art. 271, V, do CC/1916, aplicável na espécie.

Essa diferenciação é salutar para o julgamento deste processo, porque o acórdão recorrido categoriza como *frutos* dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, o que permite, por assim dizer, a comunicação desses *frutos* para fins de partilha, com a já mencionada contemporização permitida pela incidência, na espécie, da Súmula 377 do STF, que tem o condão de desvirtuar o regime da separação legal para igualá-lo ao da comunhão parcial de bens.

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial interposto por G. T. N., pedindo vênias ao i. Min. rel. para divergir apenas no tocante ao recurso especial de M. DE L. P. S., dando-lhe provimento e determinando, por consequência, o retorno do processo à origem a fim de que se proceda à partilha dos bens comuns do casal, declarando, por conseguinte, a presunção do esforço comum para a sua aquisição”.

No mesmo diapasão, confirmam-se precedentes desta Turma:

“Recurso especial. União estável. Reconhecimento judicial. Término da relação após a edição da Lei 9.278/1996. Partilha de bens. Impossibilidade de responsabilizar a recorrida pelos débitos da empresa. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

1. Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal recorrido examinou as questões pertinentes ao litígio, sabendo-se que ao órgão julgador é suficiente que apresente os fundamentos de sua convicção.

2. Esbarra no óbice na Súmula 7/STJ, o exame de afronta ao § 1.º do art. 5.º da Lei 9.278/1996, alegada ao fundamento de que os bens havidos na constância da união estável, foram adquiridos por sub-rogação.

3. Afirmando o acórdão que inexistente responsabilidade solidária da convivente pelas dívidas da empresa, por não haver a comprovação que qualquer dos débitos tenha sido contraído em data anterior a 1999, época do término da união, impossível se afigura a apreciação dessa matéria em sede de recurso especial.

4. Incontroversa a união estável pelo período de 18 anos, cujo término se deu sob a vigência da Lei 9.278/1996, é cabível a partilha dos bens adquiridos durante o convívio.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido”. (REsp 986.290/RS, 4.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28.02.2011).

“Recurso especial. Reexame de prova.

I – impossibilidade de reexame de prova em recurso especial.

II – não ofende o art. 1.719, III, do CC/2002 o acordão que, tendo admitido o ‘companheirato’, ‘reconheceu a presunção do esforço comum na aquisição daquele imóvel, pouco importando que a companheira (obreira sem empregada) não exercesse, ao tempo de sua aquisição, trabalho remunerado’.

III – conflito pretoriano não demonstrado.

IV – recurso não conhecido. Decisão unânime”. (REsp 361/RJ, 4.^a T., j. 25.09.1989, rel. Min. Fontes De Alencar, DJ 30.10.1989, p. 16510).

7. Destarte, incontroversa a união estável, cujo término se deu sob a vigência da Lei 9.278/1996, é cabível a partilha dos bens adquiridos durante o convívio, nos termos desse Diploma.

Ademais, o acórdão recorrido pondera, à (f.), que “tendo em vista que os bens foram adquiridos por esforço comum dos conviventes, agiu bem o Magistrado”.

Desse modo, fica límpido que o Tribunal reconhece a contribuição da recorrente na construção do patrimônio comum dos conviventes, nos moldes da literalidade do enunciado da Súmula 380/STF; e que a decisão tomada pelo Tribunal de origem decorreu de fundamentada convicção amparada na análise dos elementos existentes nos autos, de modo que a eventual revisão da decisão recorrida esbarraria no óbice intransponível imposto pela Súmula 7 desta Corte.

Note-se:

“Processo civil. Recurso especial. Causa decidida à base de fatos, segundo a solução pretoriana consolidada na Súmula 380 do STF; *in verbis*: ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’. Recurso especial não conhecido. (REsp 92.131/ES, 3.^a T., j. 16.12.1999, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 21.02.2000, p. 119).

“Agravo. Sociedade de fato. Patrimônio comum. Dissídio. Ausência. Não provimento. Sociedade de fato entre concubinos e formação do patrimônio resultante do esforço comum reconhecidas com apoio nas provas dos autos. Inadmissibilidade de reexame das provas e dos fatos através do recurso extremo. Inexistência de dissídio com a Súmula 380 do STF. Agravo desprovido”. (AgRg no Ag 9.206/RS, 3.^a T., j. 21.06.1991, rel. Min. Claudio Santos, DJ 02.09.1991, p. 11811).

8. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 4.^a T.; número de registro: 2007/0132051-3; processo eletrônico; REsp 959.213/PR; número de origem: 3279423; pauta: 22.11.2011; julgado: 22.11.2011; segredo de justiça; relator: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Ana Maria Guerrero Guimarães; secretária: Teresa Helena da Rocha Basevi.

Autuação – recorrentes: R. M. K. T. e outro – advogados: Andréa Gomes e outros; recorrido: N. K. V. – advogados: Carlos Joaquim de Oliveira Franco e outros.

Assunto: Direito civil – Família – União Estável ou Concubinato.

Sustentação oral – Vanessa Cristina Cruz Scheremeta, pela parte recorrente: R. M. K. T.

Certidão – Certifico que a E. 4.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após o voto do Sr. Ministro relator, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Min. Raul Araújo, *pediu vista* dos autos a Sra. Min. Maria Isabel Gallotti.

O Sr. Min. Raul Araújo votou com o Sr. Ministro relator.

Aguardam os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi”.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 4.^a T.; número de registro: 2007/0132051-3; processo eletrônico; REsp 959.213/PR; número de origem: 3279423; pauta: 22.11.2011; julgado: 22.11.2011; segredo de justiça; relator: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; Sub-procuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Ana Maria Guerrero Guimarães; secretária: Teresa Helena da Rocha Basevi.

Autuação – recorrentes: R. M. K. T. e outro – advogados: Andréa Gomes e outros; recorrido: N. K. V. – advogados: Carlos Joaquim de Oliveira Franco e outros.

Assunto: Direito civil – Família – União Estável ou Concubinato.

Sustentação oral – Vanessa Cristina Cruz Scheremeta, pela parte recorrente: R. M. K. T.

Certidão – Certifico que a E. 4.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado para a próxima sessão, por indicação do Sr. Ministro relator”.

VOTO-VISTA – *Min. Maria Isabel Gallotti*: Trata-se de recurso especial interposto por R.M.K.T. e outra, com base nas alíneas *a* e *c* do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pela 11.^a Câ. Civ. do TJPR, que, em agravo de instrumento, confirmou decisão de indeferimento de provas em ação de reconhecimento de união estável e partilha de bens entre o pai das recorrentes e N.K.V., ora recorrida, com início em 1985 e dissolução em 1998, em razão da morte do varão, considerando aplicáveis as regras estabelecidas pela Lei 9.278/1996 durante todo o período. A referida decisão declarou o direito à meação da companheira sobrevivente em decorrência da presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio constituído durante todo o relacionamento, inclusive em relação aos bens adquiridos em período anterior à vigência da referida lei (13.05.1996).

Alegam as recorrentes violação aos arts. 535 do CPC, em razão de o acórdão recorrido não ter se manifestado sobre o princípio da irretroatividade das leis; 6.º da LINDB (antiga LICC), sob o argumento de que os dispositivos da Lei 9.278/1996 não podem retroagir para atingir e modificar relações patrimoniais definitivamente constituídas quando de sua edição; e 5.º, da Lei 9.278/1996, porque aplicado a situação por ele não abrangida, que, segundo entende, passou a dispensar a prova do esforço comum na constituição do patrimônio dos companheiros apenas em relação aos bens adquiridos a partir de sua vigência.

Afirmam, ainda, que o acórdão recorrido adotou entendimento divergente do TJMG e do TJRJ.

O relator, Min. Luís Felipe Salomão, preliminarmente, afastou a retenção do recurso especial (CPC, art. 542, § 3.º), por considerar que a decisão interlocutória confirmada pelo acórdão recorrido examinou o mérito da questão submetida à apreciação judicial, esgotando, dessa forma, o próprio mérito da causa.

Em relação às demais alegações, conheceu do recurso e a ele negou provimento, entendendo aplicável a regra da Lei 9.278/1996 relativa à presunção de condomínio dos bens dos companheiros adquiridos durante toda a união estável, iniciada em data anterior à referida lei e extinta em 1998, com a morte de um dos conviventes.

Após vista dos autos, passo a proferir meu voto.

Anoto, inicialmente, que N. K. V. ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de união estável com J.R.F.T., cumulada com partilha dos bens adquiridos onerosamente durante de convivência, que alegou compreender o período de janeiro de 1985 a outubro de 1998, reconhecendo-se o direito à meação da autora da ação (f.). Mediante a decisão interlocutória de (f.), foi determinada a aplicação das regras de condomínio estabelecidas pela Lei 9.278/1996, em relação aos bens adquiridos a título oneroso durante todo o período da união estável, abrangido o patrimônio constituído em data anterior à vigência da referida lei, independentemente da comprovação do esforço comum, posicionamento confirmado pelos acórdãos de (f.), ora impugnados.

O presente recurso tem por objeto, portanto, a aplicação das regras de presunção do esforço comum aos bens adquiridos em data anterior à vigência da Lei 9.278/1996, nas hipóteses de uniões estáveis iniciadas em data anterior, mas dissolvidas já na vigência da referida lei.

I

Assim delimitada a questão, acompanho o entendimento do relator de afastar a retenção de recurso especial.

Rejeito, igualmente, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Com efeito, o voto condutor do acórdão proferido nos embargos de declaração opostos pelas oras recorrentes examinou a questão relativa à alegação de violação ao princípio da irretroatividade da lei, como se observa na seguinte passagem (f.):

“Ora, se a Câmara entendeu que a Lei 8.278/1996, embora tenha sido editada após o início da união estável versada nos autos teria aplicabilidade ao caso concreto, porque passou a vigor antes do término da convivência comum, não se há de falar em omissão na análise específica do princípio da irretroatividade das leis, conforme pretende fazer crer as embargantes.

Ao reconhecer que a Lei 8.278/1996 aplica-se à união estável havida entre a Agravada e seu finado companheiro, porque o término da convivência entre ambos findou-se quando já editada e em pleno vigor a referida lei, evidentemente entendeu-se também que não houve infringência ao princípio da irretroatividade das leis, sendo desnecessário a abordagem desse tema”.

Não existe, pois, ofensa ao art. 535 do CPC.

II

O voto do eminente relator, após tecer minuciosa análise da questão jurídica posta no recurso especial – aplicabilidade do regime de comunhão parcial aos bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, mas antes da entrada em vigor da Lei 9.278/1996 – afirma que o Tribunal de origem reconheceu a contribuição da recorrente na construção do patrimônio comum dos conviventes, nos moldes da literalidade do enunciado da Súmula 380/STF, convicção esta formada com base nos elementos de prova existentes nos autos, o que atrairia o óbice da Súmula 7.

Com a devida vênia, as instâncias de origem não concluíram, com base na análise das provas dos autos, tenham sido os bens descritos na inicial adquiridos por esforço comum dos conviventes. Decidiu-se pela existência de *presunção legal de esforço comum*, com base na aplicação do regime da Lei 9.278/1996, também em relação aos bens adquiridos antes de sua entrada em vigor, sendo precisamente este o motivo pelo qual a decisão agravada, confirmada pelo acórdão recorrido, indeferiu o pedido de produção de provas. A prova de esforço comum foi considerada irrelevante para o deslinde da controvérsia, como se observa das seguintes passagens da referida decisão (f.):

“A persistência em produzir provas inúteis me obriga a antecipar questão de mérito. O que se busca com a presente ação é tão somente o reconhecimento da união estável com os efeitos patrimoniais sobre a meação dos bens adquiridos durante a união. No máximo, além do reconhecimento da união, será decidido se os bens indicados na exordial foram adquiridos durante a união e podem ser objeto de partilha no inventário.

A inicial e contestação limitam os termos da entrega da atividade jurisdicional. Vale dizer, que a lide se limita a discutir se houve a união pelo período apontado, bem como que bens foram efetivamente adquiridos durante o período da união ou se foram adquiridos no período, mas com recursos anteriores a existência da união. Qualquer outra questão, deve ser discutida em ação própria em sede do Juízo universal do Inventário.

Outrossim, cumpre destacar que qualquer prova no sentido de se saber se a autora tinha condições de contribuir financeiramente para formação do patrimônio

é irrelevante, pois uma vez reconhecida a união estável, se aplica à regra da comunhão parcial. Irrelevante o elemento dependência econômica para a configuração da união livre estável, ao contrário do sistema anterior em que a divisão de bens entre os parceiros dependia de prova de colaboração conjunta para formação do acervo patrimonial.

A Lei 9.278/1996 confere aos conviventes a co-propriedade dos bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso; presumem *juris tantum* fruto do trabalho e da colaboração comum. A luz do quanto disposto na Lei 9.278/1996 que regulamentou o § 3.º do art. 226 da CF/1988, há que se partilhar igualmente entre as partes todo o patrimônio na constância da união estável ainda que, para tanto, a mulher só tenha contribuído indiretamente através da prestação de serviço doméstico.

Cumprir destacar que a Lei 9.278/1996, aplica-se às uniões estáveis existentes quando da sua vigência, ainda que iniciada a convivência anteriormente, mas não atinge as relações extintas até 29.12.1994. Como no presente caso a união iniciou-se em 1984 e somente se extinguiu em 1998, por certo a ela se aplicam as regras do § 3.º do art. 226 da CF/1988, posteriormente regulamentada pela Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 e atualmente pelo art. 1.723 do CC/2002.

Vale dizer, que comprovada a existência da união estável, deve a sua dissolução ser regida pela Lei 9.278/1996, que instituiu a presunção de condomínio sobre os bens adquiridos pelos companheiros, sendo desnecessária, a partir de então, a comprovação da contribuição econômica à formação do patrimônio erguido na vigência da sociedade de fato”.

E do voto condutor do acórdão recorrido (f.):

Quanto ao mérito, sem razão as ora agravantes, que tentam crer que a ora agravada não possui direito a meação, sob o pressuposto de que a união estável foi constituída anteriormente a Lei 9.278/1996, necessitando de prova da contribuição efetiva da companheira nos bens adquiridos durante a união estável.

Dispõe o art. 50 da Lei 9.278/1996, que: ‘Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrário e em contrato escrito’.

Conforme, denota-se dos autos, a união estável do casal já existia, desde 1985, e durante a vigência da união estável do casal, presume-se que os bens, foram contraídos pelo esforço de ambos.

Por outro lado, não há como acolher a pretensão das agravantes, de que a lei somente regularia situações futuras, não podendo ter seus efeitos estendidos em relações anteriores a sua vigência, ainda que essas relações jurídicas tivessem continuidade após o nascimento da lei.

(...)

Desta feita, percebe-se que a Lei 9.278/1996 tem aplicação imediata e geral, inclusive para as uniões estáveis surgidas anteriormente a sua publicação, conseqüentemente deve ser aplicada ao caso concreto, pois, frisa-se a convivência *more uxório* começou em 1985 e teve seu término em 1998, com o falecimento do companheiro João Regis.

Dessa forma, é irrelevante saber se a agravada tinha condições de contribuir financeiramente para formação do patrimônio, afinal uma vez reconhecida a união estável se aplica a regra da comunhão parcial”.

Afasto, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

III

Em relação ao art. 6.º da Lei de Introdução, disciplinador do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, e ao art. 5.º da Lei 9.278/1996, anoto, em primeiro lugar, que foi atendido o prequestionamento da questão federal, sendo certo, de outra parte, que o deslinde da controvérsia não demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

Embora não seja pacífico o tema, reconheço que há acórdãos do STJ segundo os quais, havendo dispositivo constitucional com o mesmo conteúdo da regra legal cuja violação se alega, como é o caso do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a questão é constitucional, não susceptível de apreciação na via do recurso especial.

Orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal, todavia, no sentido de que não cabe recurso extraordinário por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da coisa julgada, do direito adquirido, entre outros, se, para apreciá-la, for necessária a interpretação de legislação ordinária.

É elucidativo o acórdão no AgRg no AG 135.632/RS, cuja ementa, lavrada pelo eminente Min. Celso de Mello, tem o seguinte teor:

“Agravado de instrumento. Recurso extraordinário. Servidores administrativos. Vantagens pecuniárias. Alegação de ofensa à constituição. Inocorrência de conflito direto e imediato com o texto da lei fundamental. Aspectos meramente legais pertinentes à noção de direito adquirido (LICC, art. 6.º, § 2.º). Ofensa à constituição por via reflexa. Ausência de impugnação dos fundamentos em que se assentou o ato decisório questionado. Pretendido desdobramento do recurso extraordinário em recurso especial. Impossibilidade. Recurso improvido.

Caráter ordinário do conceito de direito adquirido.

– O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF/1988, art. 5.º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal.

Não se pode confundir, desse modo, a noção conceitual de direito adquirido (tema da legislação ordinária) com o princípio inerente à proteção das situações

definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobre direito inscrita no art. 5.º, XXXVI, da Carta Política.

Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei, e nesta, somente – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido.

É ao legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita dentre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido.

Cabe ter presente, por isso mesmo, a ampla discussão, que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, influenciou, decisivamente, o legislador ordinário brasileiro na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe, a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3.º), enquanto a LICC de 1942, em seu texto, prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6.º), muito embora o legislador, com edição da Lei 3.238/57, que alterou a redação do art. 6.º da LICC/42, houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código Civil (1916).

Em suma: se é certo que a proteção ao direito adquirido reveste-se de qualificação constitucional, consagrada que foi em norma de sobre direito que disciplina os conflitos das leis no tempo (CF/1988, art. 5.º, XXXVI), não é menos exato – considerados os dados concretos de nossa própria experiência jurídica – que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que veiculável em sede constitucional, submete-se, no entanto, de *lege lata*, ao plano estrito da atividade legislativa comum”. (...) (DJ 03.09.1999).

Os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são dados por lei ordinária (LICC, art. 6.º), sem aptidão, portanto, para inibir o legislador infraconstitucional.

Assim, se a lei ordinária contiver regra de cujo texto se extraia ordem de retroatividade, em prejuízo de situação jurídica anteriormente constituída, a ofensa será direta ao art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, passível de exame em recurso extraordinário.

Diversamente, caso se cuide de decidir acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua edição, a questão será infraconstitucional, impugnável mediante recurso especial. É precisamente este o caso dos autos.

Com efeito, não há dispositivo algum na Lei 9.278/1996 que determine a aplicação retroativa de seus dispositivos. O art. 10 estabelece sua vigência a partir da correspondente publicação (13.05.1996), sem ordenar a retroatividade de nenhum de seus preceitos. Dessa forma, se ofensa houve ao direito adquirido e ao ato

jurídico perfeito – questão debatida no presente recurso especial – ela não decorre do texto da Lei 9.278/1996 (caso em que haveria alegação de ofensa direta ao art. 5.º, XXXVI, da CF/1988), mas da interpretação feita pelo acórdão recorrido dos conceitos legais de direito adquirido e ato jurídico perfeito (possível ofensa ao art. 6.º da LICC), ensejadora da aplicação de lei nova (Lei 9.278/1996) à situação jurídica já constituída quando de sua edição.

Conheço, pois, do recurso especial em relação à violação de ambos os dispositivos legais (art. 6.º da Lei de Introdução e art. 5.º da Lei 9.278/1996) e passo a examinar o mérito.

IV

A despeito da existência de precedente desta Turma no REsp. 986.290-RS, também da relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, penso que a questão merece mais profunda reflexão, instigada pelo bem elaborado voto de Sua Excelência no presente caso.

Divirjo, com a devida vênia, do eminente relator, quando entende que, antes da edição da Lei 9.278/1996, havia lacuna legal acerca do regime de bens dos conviventes não casados, passível de suprimento pelo Poder Judiciário, mediante a aplicação retroativa da referida lei para disciplinar a partilha dos bens adquiridos antes de sua entrada em vigor.

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, as relações patrimoniais entre pessoas não casadas eram regidas por regras de direito civil estranhas ao direito de família. O entendimento jurisprudencial sobre a matéria encontrava-se consolidado no enunciado 380 da Súmula do STF, assim redigido:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Como se extrai dos precedentes da referida súmula, notadamente o RE 9.855, relator o Min. Oroszimbo Nonato, a partilha do patrimônio se dava não como reconhecimento de direito derivado de convivência familiar, mas de contrato informal de sociedade civil, cujos frutos fossem resultado de contribuição direta dos conviventes (sócios de fato) por meio de trabalho e/ou dinheiro.

É certo que a evolução da realidade social foi ensejando normas legais e jurisprudência protegendo a companheira, em matéria previdenciária e acidentária (Súmulas 159/TFR e 35/STF). No campo das relações patrimoniais entre conviventes, não havia, porém, até outubro de 1988, fundamento para a invocação, sequer por analogia, de princípios de direito de família.

Editada a Constituição de 1988, seu art. 226 reconheceu “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Friso que a Constituição não equiparou a união estável ao casamento, tanto que preconizou fosse facilitada, por lei, a sua conversão em matrimônio.

O compromisso formal assumido com o casamento evidencia a estabilidade jurídica da relação, dando segurança recíproca aos cônjuges e também aos terceiros que com eles mantêm relações jurídicas, favorecendo, portanto, a organização da vida social.

Por força da nova Constituição, os litígios cuja causa de pedir seja a relação entre os conviventes passaram a ser da competência de varas de família, tendo suas decisões inspiradas, nos limites do compatível com as leis em vigor, por princípios extraídos analogicamente do direito de família.

A interpretação do que fosse “contribuição para a formação do patrimônio comum” tornou-se mais abrangente, compreendendo não apenas a contribuição direta em determinada atividade econômica, por meio de trabalho ou capital, e a indireta, por meio de serviços domésticos que resultassem em economia para a família, mas também a solidariedade e o apoio recíprocos no âmbito familiar. Esta evolução jurisprudencial, com base na Constituição de 1988, está bem clara no seguinte precedente:

“Direito civil. Sociedade de fato. Reconhecimento de participação indireta da ex-companheira na formação do patrimônio adquirido durante a vida em comum. Partilha proporcional. Cabimento. Fixação nesta instância. Possibilidade. Critérios. Indenização por serviços prestados. Ressalva. Recurso parcialmente provido.

I – Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxorio*, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional.

II – Verificando-se que haja diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteadado o ‘esforço comum’ a que alude o enunciado 380 da Súmula/STF

III – Salvo casos especiais, a exemplo de inexistência de patrimônio a partilhar, a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece ‘a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar’ (art. 226, § 3.º, da CF/1988).

IV – O arbitramento da parcela devida à companheira pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com objetivo de evitar inconvenientes e atraso na solução jurisdicional.

V – Na fixação do percentual, que necessariamente não implica meação no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de

sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”. (REsp 183.718-SP, Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJ de 18.12.1998).

A Lei 8.971, de 29.12.1994, foi a primeira a regulamentar o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A condição de companheiro foi reconhecida desde que comprovado prazo de convivência de mais de cinco anos ou a existência de prole em comum (art. 1.º). Quanto à sucessão, foi reconhecido ao companheiro, enquanto não constituir nova união, o direito de usufruto de parte dos bens da herança e, na falta de descendentes ou ascendentes, o direito à totalidade da herança (art. 2.º). Dispôs o art. 3.º que “quando os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

Até então, não se cogitava de presunção legal de esforço comum, para efeito de partilha igualitária de patrimônio entre os conviventes. A partilha de bens, ao cabo da união estável, dava-se mediante a comprovação, e na proporção respectiva, do esforço de cada companheiro, direto ou indireto, para a formação do patrimônio amealhado durante a convivência.

Foi, então, editada a Lei 9.278, de 10.05.1996, a partir da qual o reconhecimento da união estável não mais depende de tempo de convivência e nem da existência de prole, sendo seus requisitos legais “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família”.

A Lei 9.278/1996 estabeleceu presunção legal relativa de comunhão dos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável. Não há esta presunção se a aquisição se der com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. Trata-se de regime legal dispositivo, na medida em que podem os conviventes estipular em sentido contrário (art. 5.º).

O entendimento de ambas as Turmas que compõem a 2.ª Seção deste Tribunal encontra-se pacificado no sentido de que as regras relativas ao patrimônio dos companheiros estabelecidas pela Lei 9.278/1996 não se aplicam às uniões estáveis dissolvidas antes de sua vigência, devendo a partilha de bens submeter-se à prova do esforço comum (REsp 147.098/DF, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.08.2000; REsp 174.051/RJ, 3.ª T., rel. Min. Castro Filho, DJ 01.07.2002; REsp 1.097.581/GO, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 09.12.1999)

Nessa mesma linha, a 2.ª Seção, ao examinar o REsp. 914.811/SP, pacificou a orientação de que, na hipótese de sociedade de fato dissolvida antes da vigência da Lei 9.278/1996 e de participação indireta na constituição do patrimônio, afasta-se a meação, devendo a partilha ser estabelecida com observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, encontrando-se a ementa do acórdão assim redigida:

“Processual civil e civil. Recurso especial. Concubinato. Reconhecimento e dissolução. Art. 6.º, § 1.º, da LICC. Ausência de prequestionamento. Súmula 7 do STJ. Inaplicabilidade. Partilha de bens. Contribuição indireta. Lei n. 9.278/1996.

Não incidência. Percentual compatível. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes do STJ.

1. É inviável o conhecimento de suposta ofensa a norma infraconstitucional se não houve prequestionamento nem a oposição de embargos declaratórios para provocar o seu exame pelo Tribunal de origem.

2. Afasta-se o óbice da Súmula 7 do STJ quando não se está a perquirir as circunstâncias fáticas do feito, mas tão somente saber se a maternidade, criação e formação dos filhos pela concubina, bem como a dedicação por ela proporcionada ao réu para o exercício de suas atividades – como reconhecidamente albergado no aresto de origem –, mostram-se aptas, bastantes por si sós, para embasar a meação dos bens arrolados na peça preambular.

3. Demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, impõe-se o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha dos bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais.

4. Inaplicabilidade, ainda que por analogia, das disposições prescritas na Lei 9.278/1996.

5. Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei 8.971/1994 e a Súmula 380 do STF, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.

6. Levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (relator para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.11.2008).

Destaco do voto condutor do referido acórdão as seguintes passagens:

“Ausente a demonstração da ocorrência de igualitárias participações ou esforços comuns direcionados à aquisição de bens constitutivos do acervo patrimonial em nome do recorrente, a concubina-autora, ora recorrida, está a carecer da pretensão formulada no juízo *a quo*, diante da ausência de fato gerador permissivo do estabelecimento de seu direito à metade dos bens.

E assim quero entender, porque, somente a partir do regime da Lei 9.278/1996 – cuja aplicação fora afastada na espécie, ainda que por analogia –, é que se estabeleceu que os bens adquiridos na constância da união estável por um ou pelos conviventes passariam a pertencer a ambos, em condomínio ou partes iguais.

Não no caso destes autos, pois as normas legais e orientações jurisprudenciais versando especificamente sobre concubinato, entre as quais a Lei 8.971/1994 e a Súmula 380 do Pretório Excelso, bem delimitam que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou aquisição de bens, mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.

A propósito do tema, leio Sílvio Rodrigues, 'Direito Civil Aplicado', vol. 8, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 85:

'Portanto, até o advento da Lei de 1996 e do preceito acima transcrito, a mera existência da união estável não gerava a presunção de serem comuns os bens adquiridos em nome de um dos conviventes durante aquela convivência. Continuava a vigor, em sua plenitude, a Súmula 380 do STF, que para possibilitar a divisão daquele patrimônio exigia a demonstração do concurso de esforço comum. Tal situação não foi alterada pela superveniência da Constituição de 1988, porque o § 3.º do art. 226 daquela carta não era auto-aplicável e dependia de regulamentação. Tanto que dependia de regulamentação que o legislador ordinário, por duas vezes, a regulamentou. Fê-lo, a primeira vez, na Lei 8.971/1994 e fê-lo, pela segunda vez, na Lei 9.278/1996. E só a partir da publicação desta última é que se dispensou o companheiro, ou a companheira, de provar sua participação no granjeio do patrimônio comum, para poder pleitear sua divisão (Súmula 380 do STF).'

(...)

Destarte, levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade (...)'".

Esta era a regência legal e jurisprudencial das relações patrimoniais entre companheiros até a entrada em vigor da Lei 9.278/1996: não havia presunção legal de esforço comum para a partilha de bens. Ao final do relacionamento, os bens amealhados no período eram divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente.

Com a edição da Lei 9.278/1996, os bens *a partir de então* adquiridos por pessoas em união estável passaram a pertencer a ambos em meação, salvo se houvesse estipulação em sentido contrário ou se a aquisição patrimonial decorresse do produto de bens anteriores ao início da união.

Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/1996 têm a propriedade – e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união – disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição (Súmula 380 do STF).

Com efeito, a aquisição da propriedade dá-se no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser

alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5, XXXVI e LICC, art. 6.º).

O tema é analisado de forma exaustiva por Francisco José Cahali, em seu livro “Contrato de Convivência na União Estável”, do qual transcrevo:

“Com o advento da Lei 9.278/1996, pelo seu art. 5.º, foi criado um novo sistema jurídico para prevalecer quanto às relações patrimoniais decorrentes da união estável.

Até então não existia comando normativo próprio para a questão, sendo alicerçada a repercussão patrimonial da união estável pela jurisprudência, consagrando a Súmula 380 do STF, com sua diversidade de interpretação até mesmo nos Tribunais Superiores.

Em transitório momento, também por criação doutrinária e jurisprudencial, estendeu-se à dissolução em vida da união o primeiro dispositivo legal sobre os efeitos patrimoniais da relação, consistente na participação do viúvo nos bens adquiridos durante a convivência, quando do falecimento do convivente, introduzido pela Lei 8.971/1994.

De qualquer forma, sua interpretação coincidia com aquela dada ao enunciado sumular, de tal sorte que a polêmica para a aferição da ‘contribuição’ ou ‘colaboração’ recíproca ainda longe estava de encontrar unidade no pensamento jurídico refletido pela doutrina e jurisprudência.

Daí por que se ter na Lei 9.278/1996 a pioneira previsão legislativa de efeitos patrimoniais da união estável, introduzindo, enquanto fonte normativa, o regime jurídico próprio dessa relação.

Como lei nova, sua incidência segue o princípio geral de irretroatividade previsto no art. 6.º da LICC, admitida a aplicação imediata à situação jurídica em curso.

Esse panorama, em superficial análise, poderia levar a crer que a lei nova incide diretamente nas uniões estáveis em curso, fazendo prevalecer o comando contido na norma a todos os efeitos jurídicos da união.

Entretanto, a amplitude na produção de efeitos encontra limite na disposição maior, contida no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, segundo o qual ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

Compatibilizando essas duas regras, temos a imediata aplicação da novel legislação à situação em curso, mas sem atingir os efeitos da união estável já produzidos e os atos jurídicos já aperfeiçoados antes da lei.

A hipótese de incidência da norma é a aquisição patrimonial durante a convivência; e o preceito é a previsão de participação conjunta sobre os bens, a partir do momento em que entrar em vigor a presunção legal.

Nesse contexto, o regime patrimonial criado só pode ter incidência com relação aos bens adquiridos a partir de então. Sobre o patrimônio preexistente, tem apli-

cação o ordenamento jurídico então vigente (STF, Súmula 380, e, posteriormente, Lei 8.971/1994).

Isto porque a titularidade dos bens se consuma no momento da respectiva aquisição, tornando-se um ato jurídico perfeito, com a realidade jurídica então existente, além de outorgar ao titular o direito adquirido, tornando o negócio jurídico imune à nova legislação.

Exemplificando, o domínio sobre um imóvel adquirido em 1970 segue as regras da época quanto à sua constituição. Uma vez aperfeiçoado o ato pelo sistema normativo então vigente, o ato jurídico fica imune à modificação legislativa, conferindo ao respectivo titular o direito adquirido de fazer prevalecer a sua propriedade regularmente constituída.

A seu turno, a união estável vivenciada em 1970 possuía a repercussão patrimonial existente à época, irradiando efeitos patrimoniais das luzes refletidas pela Súmula 380.

Assim, aquele imóvel adquirido pelo convivente em 1970 terá sua situação jurídica realizada pelo sistema normativo da época, imune às modificações posteriores.

Em linhas gerais, pois, em função da irretroatividade da norma ao patrimônio adquirido anteriormente à Lei 9.278/1996 não se aplica a regra de comunicabilidade nesta prevista, presumindo a participação comum e outorgando o condomínio em partes iguais de 50%.

Concluindo taxativamente pela inaplicabilidade da Lei 9.278/1996 às situações patrimoniais pretéritas, Yussef Said Cahali assim se manifestou em parecer:

‘Estamos agora diante de um direito novo, modificador do anterior’. (...) ‘Ora, essa presunção, que assim se pretenda absoluta (*juris et de jure*), irrefragável, de participação igualitária dos companheiros na formação do patrimônio durante a união estável, consubstancia uma inovação legal relevante em favor da concubina. E como tal, somente pode ser aplicada em relação aos bens adquiridos após a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulou o § 3.º do art. 226 da CF/1988. Pois de outra forma, estaria sendo violado o direito de propriedade exclusiva do bem adquirido pelo esforço único de um dos concubinos, direito adquirido de propriedade exclusiva este definitivamente adquirido antes da entrada em vigor da referida Lei; portanto, com ofensa a um direito adquirido de propriedade individual e exclusiva, diante da imposição, por lei posterior, de um condomínio ou co-propriedade ou perda da metade daquele direito exclusivo de propriedade, que resultaria do art. 5.º da mencionada Lei’. (...) ‘Uma coisa é a união concubinária que, *facta pendenti*, sujeita-se à regência do direito adquirido; e coisa diversa é o ato de aquisição da propriedade – conceitualmente *unus actus*, representando *facta* pretérita, que, ocorrido na vigência do direito anterior, assegura ao respectivo titular a plenitude dos direitos enunciados no art. 524 do CC/2002, na sua condição de proprietário exclusivo do bem por ele então adquirido com seu único esforço.

Essa distinção em nada interfere no princípio de efeito imediato da lei nova: “*Dans cette situation, chacune des deux lois en présence, la loi ancienne et la loi nouvelle, s’applique strictement dans son domaine: la loi nouvelle respecte tous les effets juridiques produits dans le passé, mais elle gouverne seule et sans partage l’avenir à compter du jour de sa promulgation*” (Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, pág. 10; 2. ed., Éd. Dalloz, 1960)’.

Nesse sentido escreve Guilherme Calmon Nogueira Gama, com preciosa profundidade na análise da questão, como é a tônica de seu completo trabalho: ‘Uma observação é importante no que se refere ao regime de bens: mesmo que em 30 de dezembro de 1994 ainda vigorasse a união extramatrimonial fundada no companheirismo com aquisição patrimonial anterior à vigência da lei, é de se notar que com relação aos bens adquiridos anteriores àquela data não prevalece o disposto no art. 3.º da Lei 8.971/1994, pois caso contrário haveria retroatividade, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro nestas situações, aplicando-se, portanto, o sistema vigente na época da aquisição do bem (Súmula 380 do STF, com a interpretação jurisprudencial mais consentânea com a realidade, admitindo-se a contribuição indireta) ... Quanto aos bens adquiridos a partir de 30 de dezembro de 1994, prevalece o disposto no art. 3.º, da Lei citada, inclusive quanto ao critério de partilhamento dos bens, ou seja, a metade. Todas as ponderações feitas relativamente às inovações da Lei 8.971/1994, são válidas para as matérias introduzidas pela Lei 9.278/1996’.

Também Claudia Grieco Tabosa Pessoa: ‘... a criação de um regime de bens para as uniões estáveis não teve o condão de puramente suprimir as hipóteses de incidência da Súmula 380 do STF, que ainda continuará sendo pertinente para todos os casos de uniões concubinárias extintas anteriormente ao Estatuto do Concubinato (ou, no tocante às uniões ainda subsistentes, para os bens adquiridos anteriormente ao advento do novo diploma legal)’.

Euclides Benedito de Oliveira: ‘Incidem os mesmos princípios da irretroatividade quanto ao direito de meação, desde sua previsão nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Mas com importante ressalva quanto às situações anteriores, que já eram admitidas na jurisprudência, nos termos da Súmula n. 380 do STF (partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, na dissolução da sociedade de fato), de tal sorte que a disposição legal sobre meação ou condomínio não constitui propriamente uma inovação, mas simples explicitação do direito e dos pressupostos para a sua aquisição’.

E Sylvio Capanema de Souza: ‘É evidente que tal regime, que inclui tanto os bens móveis quanto imóveis, só se aplica a partir da vigência da Lei 9.278. Assim sendo, aqueles bens adquiridos por um dos companheiros antes de 10 de maio de 1996 não serão alcançados por esta presunção de esforço comum, não se considerando em condomínio, e sua partilha, entre os companheiros, uma vez dissolvida a união, obedecerá às regras do sistema antigo, aplicando-se a Súmula 380 do STF, que exige a prova da efetiva contribuição para a aquisição.’” (Saraiva, 2002, p. 153-158).

Em idêntico sentido, o parecer do Min. Eduardo Ribeiro, exarado em caso semelhante de partilha de bens adquiridos antes da vigência da Lei 9.478/1996, cuja união estável perdurou após a sua edição:

“A primeira lei que, no âmbito do direito privado, cuidou da situação jurídica dos companheiros foi a que tomou o número 8.971, de dezembro de 1994. Nela se reconheceu direito a alimentos e, em certas circunstâncias, a usufruto dos bens do companheiro ou companheira, em caso de morte de um deles. Estabeleceu, ainda, que teria o(a) companheiro(a) sobrevivente direito a metade dos bens deixados pelo autor(a) da herança se resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a).

(...)

Com a edição da Lei 9.278, de 10.05.1996, é que se estabeleceu que os bens adquiridos por um ou por ambos os conviventes, a título oneroso, na constância da união estável, seriam considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, a ambos passando a pertencer em condomínio. Como se verifica do § 1.º do art. 5.º, estabeleceu-se uma presunção, que só se afasta se a aquisição se fizer com o produto de bens adquiridos antes de iniciada a união.

Em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, que dispôs ser aplicável aos conviventes o regime da comunhão parcial, salvo se houver contrato escrito.

Isso posto, cumpre verificar qual o direito incidente, quanto aos bens adquiridos no período em que, segundo o acórdão, houve união estável, ou seja, de 1974 a setembro de 2004, quando se deu o óbito de MG.

Não parece seja possível contestar que, quando LB, uma vez realizados os pressupostos a isso necessários, adquiriu determinado bem, passou a ter direito adquirido em relação à propriedade desse, que ingressou em seu patrimônio. Não estando em vigor a Lei 9.278/1996, tornou-se sua proprietária exclusiva. A acolher-se a tese do acórdão, ter-se-ia de admitir, como juridicamente aceitável, que, por força de lei superveniente, parte ideal, correspondente a metade desse bem, teria sido retirada de seu patrimônio e transferida para o companheiro. Ora, se o bem integra o patrimônio de alguém e dele é retirado, em virtude de lei ulteriormente editada, parece manifesto que configurado desrespeito frontal ao direito adquirido.

O acórdão recorrido, como assinalado, sustentou que o relacionamento entre as partes havia de ser encarado como um todo, não podendo ‘ser seccionado em vários momentos como se ele houvesse se iniciado e acabado conforme foram sendo editadas e derogadas as várias leis que se sucederam ao longo de sua duração’. O argumento, pede-se vênia para ponderar, é de manifesta fragilidade.

Não há dúvida de que o relacionamento foi um só, protraído no tempo. A regulamentação jurídica, entretanto, variou, daí advindo consequências diferenciadas. A solução nada tem de surpreendente ou de heterodoxa. É isso mesmo que se verifica, quando há sucessão de leis. Inúmeras relações perduram por largos períodos

e os direitos vão sendo adquiridos, em seu curso, tendo em vista as normas que sucessivamente as regulem. De todo injustificável que se aplique a lei por último vigente a todo o tempo em que se deu a relação continuativa, de molde a desconstituir direitos já formados, integrantes do patrimônio dos respectivos titulares.

Note-se, ainda, que nem mesmo se poderia invocar a doutrina, aceita por alguns, embora contrastante com o direito brasileiro, de que o princípio do respeito aos direitos adquiridos não se aplicaria, quando se tratasse de lei de ordem pública. Com efeito, da regulamentação da matéria relativa a regime de bens resulta que disponível o direito dos companheiros. De acordo com o art. 5.º da Lei 9.278/1996 e, de igual modo, com o art. 1.725 do CC/2002, é possível, mediante contrato escrito, afastar a incidência das normas legais que cuidam da comunicação dos bens havidos durante a união.

Em suma, aplicar a lei nova, de maneira a transferir significativa parcela do patrimônio de uma pessoa para outra, constitui violência a direito adquirido, que não é tolerado por nosso ordenamento jurídico (nomes abreviados pela signatária)”.

Este entendimento em nada é confrontante com o acórdão da 4.ª T., da relatoria do Min. Jorge Scartezini no REsp 397.168/SP, assim ementado:

“Civil – Recurso especial – União estável – Herança – Falecimento do companheiro sem ascendentes ou descendentes – Aplicabilidade da Lei 8.971/1994 a fatos pendentes – Possibilidade – Sociedade de fato – Comunhão de aqüestos – Inexistência de retroatividade (art. 6.º da LICC).

1 – A união estável, quer antes, quer depois da edição da Lei 8.971/1994, gera direitos e obrigações, já que é um fato jurídico, e, como tal, desafia a proteção estatal. Logo, tais relações foram equiparadas às sociedades de fato, sendo os bens sujeitos ao chamado regime de comunhão de aqüestos.

2 – Se tal relação, que se perpetua durante um longo período, configura-se pelo *animus* que inspira os companheiros a viverem como casados fossem, não se pode alegar que a Lei 8.971/1994, ao regular a matéria acerca dos alimentos e da sucessão de tais pessoas, somente surtiria efeitos futuros, deixando ao desabrigo toda a construção legislativa e pretoriana de que se tem notícia. Inexistindo referência na lei do termo inicial da contagem do prazo quinquenal para aquisição do direito, deve-se aplicá-la, revestida que é do caráter benéfico, a todos os fatos pendentes.

3 – Assim, no caso concreto, já que dúvidas não há nos autos de que a autora era companheira do falecido por longos 07 (sete) anos; que o mesmo não deixou descendentes e ascendentes; que nos termos da lei esta é herdeira da totalidade dos bens deixados (art. 2.º, III, da Lei 8.971/1994), porquanto a mesma atinge as situações pendentes; não há que se falar em violação ao art. 6.º da LICC.

4 – Recurso não conhecido”. (REsp 397.168/SP, 4.ª T., j. 26.10.2004, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004, p. 315).

A união estável caracteriza-se como sequência de fatos contínuos cujo conjunto é qualificado pelo direito. Aos que já viviam ou passassem a viver em união

estável por cinco anos a lei conferiu os direitos nela especificados a partir do momento em que entrou em vigor. Às uniões pendentes, quando da edição da Lei 8.971/1994 e, depois, da Lei 9.278/1996, aplicam-se imediatamente as respectivas regras em relação aos fatos ocorridos após a respectiva entrada em vigor.

Assim, no dia da entrada em vigor da Lei 8.971/1994, os que se encontravam em união estável há mais de cinco anos (ou tinham prole comum), passaram, imediatamente, a ter direito a alimentos recíprocos em caso de necessidade, sem ter que esperar o decurso de outros cinco anos após a lei para obter tal tipo de amparo. Igualmente, a sucessão do companheiro morto após a entrada em vigor da Lei 8.971/1994 é regida por tal diploma legal. Com a edição da Lei 9.278/1996, deixou de ser necessário o prazo de convivência de 5 anos para a caracterização de união estável. Assim, dada a conjugação da Lei 8.971/1994 com a Lei 9.278/1996, conviventes há menos de 5 anos, sem prole, passaram a integrar a ordem de vocação hereditária um do outro se o óbito ocorreu após a edição da lei de 1996.

É importante distinguir, todavia, os princípios legais que regem a sucessão dos aplicáveis à partilha de bens.

A sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito. Sendo o óbito posterior à Lei 8.971/1994, naturalmente o companheiro terá direito à herança desde que satisfeitos os requisitos legais nela prescritos. Daí o acórdão no REsp 397.168/SP ter deferido o direito à sucessão em favor de quem, na data do óbito, qualificava-se como companheira do falecido, ou seja, possuía, com ele, vida em comum, independentemente de o período haver sido iniciado antes da entrada em vigor da Lei 8.971/1994.

A partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, como já longamente demonstrado, além de causar insegurança jurídica, podendo atingir até mesmo terceiros.

O caso dos autos é emblemático da expropriação e insegurança jurídica que resultariam do acolhimento da tese sustentada na inicial, a saber, meação de patrimônio adquirido pelo companheiro desde os primeiros dias de união estável, quando não vigorava sequer a Constituição de 1988, sem necessidade de prova de esforço comum.

Com efeito, a recorrida ajuizou ação em face dos herdeiros de seu falecido companheiro, afirmando que “por volta de janeiro de 1985”, passou a viver com João Régis Fassbender Teixeira, relacionamento que perdurou até o seu óbito em outubro de 1998 (e-STJ f.).

Narra que ele a inscreveu como sua dependente junto aos órgãos previdenciários e fez lavrar testamento público, no qual lhe legou o usufruto de dois imóveis

e a totalidade das suas cotas no escritório de advocacia “Professor João Régis Fassbender Teixeira Sociedade de Advogados”, conforme contrato social, além de designá-la como beneficiária de seguros de vida e pensões previdenciárias. (e-STJ f.).

Passa, então, a descrever o patrimônio acumulado durante a convivência, enumerando diversos imóveis, dois deles adquiridos no próprio ano de 1985 quando iniciada a convivência (discriminados nas letras “l” e “m”, à f. e-STJ). Prossegue afirmando que, além dos doze imóveis descritos no capítulo anterior da inicial, o falecido doou, por ato unilateral, a filhos seus, três imóveis, adquiridos em agosto de 1986, em setembro de 1986 e em dezembro de 1987. Ressalva a possibilidade de existência de outros bens cuja existência desconheça adquiridos durante a convivência, os quais se reserva o direito de trazer aos autos uma vez localizados (e-STJ f.).

As instâncias de origem reconheceram o direito de meação da recorrida sobre todos os bens adquiridos de 1985 até o óbito de João Régis Fassbender. Somente não foram deferidas providências em relação aos bens registrados em nome dos dependentes do falecido, os quais entendeu o juízo de primeiro grau não poderem ser objeto de decisão nestes autos, devendo os direitos da autora ser buscados em “ação própria, para posteriormente ser efetuada eventual partilha em sede de inventário (adiantamento de legítima)”. (e-STJ f.).

Isso significa que bens adquiridos pelo falecido no próprio ano em que iniciada a convivência, muitos anos antes da promulgação da Constituição, foram declarados como propriedade comum da autora e seu companheiro, independentemente de prova de esforço comum, a serem partilhados meio a meio. Nesta época, a legislação em vigor não reconhecia a existência de união estável. A divisão do patrimônio dependia do reconhecimento da existência de sociedade de fato, segundo normas de direito civil, alheias ao direito de família (Súmula 380/STF). Esses bens pertenciam apenas ao falecido e, se ele deles dispôs, o fez validamente de acordo com as leis da época. Hoje podem estar sob o domínio de seus filhos ou de qualquer terceiro, não sendo jurídico que seus titulares sejam expropriados por força de aplicação retroativa de lei editada em 1996.

Observo que o falecido legou o usufruto de bens imóveis e cotas societárias à recorrida, buscando ampará-la, em época na qual a partilha de bens entre conviventes dependia de prova de esforço comum. É de se indagar se tomaria a iniciativa de legar-lhe bens, se pudesse antever, à luz do direito então vigente, que seria ela titular da metade de todos os bens adquiridos desde 1985, aí incluídos os que doou a seus filhos.

Penso, pois, com a devida vênia, que o entendimento do eminente relator, no sentido da existência de lacuna legislativa ensejadora da retroação da Lei 9.278/1996, por analogia, para atingir a propriedade de bens adquiridos em data anterior à sua edição, representa radical alteração de antiga orientação do STF e deste Tribunal sobre o tema, consolidada desde a Súmula 380/STF, publicada em 03.04.1964. Anoto que esse mesmo posicionamento poderia ser invocado

para sustentar o direito à meação também nas uniões dissolvidas antes da Lei 9.278/1996, presumindo-se o condomínio em todos os casos.

Ademais, antes da edição da Lei 9.278/1996, os companheiros não dispunham de instrumento eficaz, caso desejassem dispor sobre a forma de aquisição do patrimônio durante a união estável, sendo certo que a presunção relativa do condomínio e a possibilidade de celebração de contrato escrito em sentido contrário foram inseridas no ordenamento jurídico em conjunto pela norma do art. 5.º da referida lei, vigendo, até então, a regra da comprovação do esforço comum dos conviventes, baseada em sólida orientação jurisprudencial, inclusive do STF. Antes disso, não havendo presunção legal de meação de bens entre conviventes, não haveria sequer razão para que os conviventes fizessem estipulação escrita em contrário a direito dispositivo inexistente.

Assinalo que a convicção manifestada no presente voto limita-se a afastar a presunção de condomínio dos bens adquiridos onerosamente antes da vigência da Lei 9.278/1996 contida no acórdão recorrido, o que não significa vedar qualquer possibilidade de partilha de bens, mas apenas estabelecer os parâmetros para que as instâncias de origem, após a fase de instrução, examinem a presença do esforço comum e estabeleçam, como entenderem de direito e com a observância dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, a forma de divisão do patrimônio adquirido antes da vigência da referida lei.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para determinar que a partilha dos bens adquiridos onerosamente antes da entrada em vigor da Lei 9.278/1996 obedeça a critérios norteados pelo esforço comum.

É como voto.

REsp 959.213 – PR (2007/0132051-3).

Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Relator para o acórdão: Min. Maria Isabel Gallotti.

Recorrente: R.M.K.T. e outro – advogados: Andréa Gomes e outros; e Vanessa Cristina Cruz Scheremeta e outros.

Recorrido: N.K.V. – advogados: Carlos Joaquim de Oliveira Franco e outros.

VOTO – o Exmo. Sr. Min. Antonio Carlos Ferreira: Sr. presidente, inicialmente cumprimento V. Exa. e a Sra. Min. Isabel Gallotti pelos votos primorosos e instigantes. Independentemente das características deste caso, nossa decisão contribuirá para a uniformização da interpretação do direito federal sobre as diversas repercussões patrimoniais que podem advir das situações da espécie da que ora se trata.

Com a devida vênia de V. Exa., acompanho a divergência no sentido de observar, porque na partilha dos bens inventariados, o regime jurídico vigente à época da aquisição do patrimônio na forma delineada pelo voto da Sra. Min. Isabel

Gallotti. Entendo que essa é a maneira mais justa de resolver as controvérsias da espécie e de respeitar o direito adquirido.

Peço vênias a V. Exa., e acompanho o voto da Sra. Min. Isabel Gallotti no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

RETIFICAÇÃO DE VOTO – Exmo. Sr. Min. Raul Araújo: Sr. presidente, com a devida vênias de V. Exa., modifico meu voto anterior e adiro à divergência.

Dou parcial provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 4.^a T.; número de registro: 2007/0132051-3; processo eletrônico; REsp 959.213/PR; número de origem: 3279423; pauta: 04.06.2013; julgado: 06.06.2013; segredo de justiça; relator: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; relatora para o acórdão: Exma. Sra. Min. Maria Isabel Gallotti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Durval Tadeu Guimarães; secretária: Teresa Helena da Rocha Basevi.

Autuação – recorrentes: R. M. K. T. e outro – advogados: Andréa Gomes e outros, e Vanessa Cristina Cruz Scheremeta e outros; recorrido: N. K. V. – advogados: Carlos Joaquim de Oliveira Franco e outros.

Assunto: Direito civil – Família – União Estável ou Concubinato.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Min. Maria Isabel Gallotti, dando parcial provimento ao recurso, divergindo do relator, e o voto do Min. Antonio Carlos Ferreira, no mesmo sentido, e a retificação do voto do Min. Raul Araújo, para acompanhar a divergência, e o voto do Min. Marco Buzzi, acompanhando a divergência, a 4.^a T., por maioria, deu parcial provimento ao recurso. Vencido o relator. Lavrará o acórdão a Min. Maria Isabel Gallotti, nos termos do art. 52, II, do RISTJ.

Votaram com a Sra. Min. Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi”. (DJe 10.09.2013).

STJ – REsp 1.123.850/RS – 3.ª T. – j. 16.05.2013 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 27.05.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Usucapião – Imóvel rural – Identificação georreferenciada da propriedade mediante apresentação de memorial descritivo – Admissibilidade – Individualização exata do bem que é imprescindível à efetivação registral – Observância ao princípio da especialidade que se impõe – Inteligência do art. 225, *caput* e § 3.º, da Lei 6.015/1973.

Veja também Jurisprudência

- RT 703/139, RDI 31/134, RDI 28/139 e RDI 16/110.

Veja também Doutrina

- Especialidade. Apuração de remanescente. Retificação de registro, de Sérgio Augusto Nigro Conceição – RDI 45/167.

REsp 1.123.850 – Rio Grande do Sul (2009/0126557-5).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Recorridos: Joaquim Vergara e outro – advogado: Gerson Cardoso Nunes.

Ementa: Direito civil. Recurso especial. Registros públicos. Ação de usucapião. Imóvel rural. Individualização. Memorial descritivo georreferenciado. Necessidade. Leis 6.015/1973 e 10.267/2001.

1 – O princípio da especialidade impõe que o imóvel, para efeito de registro público, seja plenamente identificado, a partir de indicações exatas de suas medidas, características e confrontações.

*2 – Cabe às partes, tratando-se de ação que versa sobre imóvel rural, informar com precisão os dados individualizadores do bem, mediante apresentação de memorial descritivo que contenha as coordenadas dos vértices definidores de seus limites, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro. Inteligência do art. 225, *caput* e § 3.º, da Lei 6.015/1973.*

3 – Recurso especial provido.

COMENTÁRIO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público gaúcho em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), que manteve a decisão do juízo *a quo*, indeferindo o pedido de apresentação de memorial descritivo georreferenciado do imóvel rural objeto de usucapião, formulado pelo recorrente. Nas razões recursais, o apelante alegou violação do art. 225, § 3.º, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e sustentou que os limites e confrontações de imóveis rurais devem ser, obrigatoriamente, aferidos por meio de estudo georreferenciado assinado por profissional habilitado, com anotação de responsabilidade técnica e atestado pelo Incra.

Ao analisar a questão, a relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, afirmou que o Princípio da Especialidade impõe que o imóvel, para efeito de registro público, seja plenamente identificado, a partir de indicações precisas de suas medidas, características e confrontações e observou que, conforme o art. 176, § 1.º, II, 3, *a*, da Lei 6.015/1973, com redação dada pela Lei 10.267/2001, a identificação do imóvel rural é requisito da matrícula, devendo ser feita com o apontamento de seu respectivo Código, dos dados constantes do Comprovante de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), da denominação e de suas características, confrontação, localização e área. De acordo com a relatora, essa individualização é necessária para conferir segurança às relações jurídicas. Além disso, observou que o art. 225, *caput*, da legislação registrária determina que, em processos judiciais, os juizes façam com que as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis e que o georreferenciamento tem como finalidade impedir que o espelho imobiliário apresente distorções, garantindo precisão e veracidade para as informações constantes no registro. Por fim, entendeu que, em se tratando de ações que versem sobre imóveis rurais, a apresentação de sua descrição georreferenciada, por meio de memorial descritivo, é obrigatória e de exigência imediata, cuidando-se de imposição legal relacionada à necessidade de perfeita individualização do bem e que da interpretação da norma contida no art. 226 da Lei 6.015/1973, conclui-se que o mandado judicial, título hábil para registro da sentença de usucapião, necessita conter a exata identificação do imóvel, que deverá ser obtida a partir dos dados constantes no memorial descritivo georreferenciado.

Diante do exposto, a 3.ª T. do STJ decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto da Min. Relatora, dar provimento ao recurso especial, determinando aos recorridos a apresentação, no juízo de primeiro grau, do memorial descritivo georreferenciado.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de

Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento) – Min. NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Ação: De usucapião de imóvel rural, ajuizada por Joaquim Vergara e outra.

Decisão interlocutória: Indeferiu o pedido de apresentação de memorial descritivo georreferenciado do imóvel, formulado pelo recorrente.

Acórdão: Manteve decisão unipessoal do relator que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente.

Recurso especial: Alega violação do art. 225, § 3.º, da LRP. Sustenta que os limites e confrontações de imóveis rurais devem ser, obrigatoriamente, aferidos mediante estudo georreferenciado assinado por profissional habilitado, com anotação de responsabilidade técnica e atestado pelo Incra.

Juízo de admissibilidade: O TJRS não admitiu a subida do recurso especial, que teve seguimento em decorrência do provimento dado ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente.

É o relatório.

VOTO – Cinge-se a controvérsia a determinar se a identificação do imóvel rural objeto de ação de usucapião deve ou não ser feita mediante apresentação de memorial descritivo que contenha as coordenadas georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites.

– *Da necessidade de identificação georreferenciada dos imóveis rurais.*

O princípio registral da *especialidade* impõe que o bem imóvel, para efeito de registro público, seja plenamente identificado, a partir de indicações precisas de suas medidas, características e confrontações.

De acordo com o art. 176, § 1.º, II, 3, *a*, da Lei 6.015/1973 – na redação conferida pela Lei 10.267/2001 –, a identificação do imóvel rural constitui requisito da matrícula, devendo ser feita com o apontamento de seu respectivo código, dos dados constantes do Comprovante de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, da denominação e de suas características, confrontação, localização e área.

Essa individuação – necessária para conferir segurança às relações jurídicas – também é obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, segundo prevê o § 4.º do artigo precitado.

A norma do art. 225, *caput*, da LRP, por seu turno, determina que, em processos judiciais, os juízes façam com que “as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis”.

Com o intuito de especificar o conteúdo dessa norma e de evitar o surgimento de efeitos indesejados decorrentes de descrições imobiliárias vagas e imprecisas (superposições de áreas, por exemplo), o § 3.º do mesmo art. estipula que, “*nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais*, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de *memorial descritivo* assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, *geo-referenciadas* ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo

Legislação citada

- arts. 176, §§ 1.º, II, 3.º, a, e 4.º, 225, *caput* e § 3.º, e 226 da LRP; art. 2.º da Lei 10.267/2001; e Dec. 5.570/2005.

Incra, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais” (sem destaques no original).

Vale referir que *georreferenciamento*, de acordo com a lição de Luiz Guilherme Loureiro, significa “tornar as coordenadas de um determinado imóvel rural conhecidas de um determinado sistema de referência, no caso o Sistema Geodésico Brasileiro” (*Registros Públicos – Teoria e Prática*, 2010, p. 275). Sua finalidade é impedir que o espelho imobiliário apresente distorções, garantindo-se, conseqüentemente, a precisão e veracidade das informações constantes do registro público.

O Dec. 5.570/2005, que regulamentou a mencionada Lei 10.267/2001, estabelece, em seu art. 2.º, que a identificação georreferenciada do imóvel rural, nas ações ajuizadas a partir de sua publicação (como no particular), constitui *exigência imediata*, qualquer que seja a dimensão da área.

Dessa forma, conclui-se que, tratando-se de processos que versam acerca de imóveis rurais, a apresentação de sua descrição georreferenciada, por meio de memorial descritivo, ostenta caráter obrigatório, constituindo imposição legal relacionada à necessidade de perfeita individualização do bem.

A doutrina de Humberto Theodoro Júnior, ao tratar especificamente do procedimento relativo à ação de usucapião – hipótese dos autos –, assenta que a completa e perfeita descrição do imóvel é necessária não só para efeitos práticos do exercício do direito de propriedade, que exige inteira separação e identificação de seu objeto, mas principalmente para atender aos *pressupostos registrais* (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 43. ed., p. 174).

De fato, da interpretação da norma contida no art. 226 da LRP, infere-se que o mandado judicial, que servirá para registro da sentença de usucapião, necessita conter a exata identificação do imóvel.

No particular, essa identificação deve ser obtida a partir dos dados constantes do memorial descritivo georreferenciado, pois se está diante de situação que se amolda à hipótese de incidência do art. 225, § 3.º, da LRP: “autos judiciais que versem sobre imóveis rurais”.

Constatado, nesse contexto, que o acórdão recorrido afastou a exigência imposta pela Lei de Registros Públicos, impõe-se sua reforma.

Forte nessas razões, dou provimento ao recurso especial, para determinar aos recorridos a apresentação, no Juízo de primeiro grau, do memorial descritivo georreferenciado.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; número registro: 2009/0126557-5; processo eletrônico; REsp 1.123.850/RS; números origem: 200801983752, 70022595714 e 70024675118; pauta: 16.05.2013 – julgado: 16.05.2013; *relatora*: Exma. Sra. Min. *Nancy Andrigli*; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; recorridos: Joaquim Vergara e outro – advogado: Gerson Cardoso Nunes.

Assunto: Direito civil – Coisas – Propriedade – Aquisição – Usucapião ordinária.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na Sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sidnei Beneti.

(DJe 27.05.2013).

STJ – REsp 1.134.387/SP – 3.ª T. – j. 16.04.2013 – m.v. – rel. p/ acórdão Des. Sidnei Beneti – DJe 29.05.2013 – Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral.

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – Cônjuge supérstite – Herdeiros que pretendem a dissolução do condomínio pela alienação do imóvel – Inadmissibilidade – Bem que servia de residência ao casal – Direito da viúva que se reconhece, ainda que concorram filhos exclusivos do *de cujus* – Inteligência do art. 1.831 do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RT922/937 e RePro 202/496.

Veja também Doutrina

- A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação, de Sérgio Iglesias Nunes de Souza – *RIASP* 13/224;
- Do usufruto, do uso e da habitação, de Glauber Moreno Talavera – *RIASP* 17/40; e
- O direito real de habitação no direito das sucessões, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 59/97.

REsp 1.134.387 – São Paulo (2009/0150803-3).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros.

Recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

Ementa: Direito civil. Direito de família e sucessão. Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Reconhecimento mesmo em face de filhos exclusivos do de cujos.

1. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos.

2. Recurso especial improvido.

COMENTÁRIO

Cuida-se de recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo TJSP, onde se assegurou ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, o direito real de habitação relativamente

ao único imóvel destinado à residência da família, de acordo com o art. 1.611, § 2.º, do CC/1916. No caso em tela, as recorrentes ajuizaram em primeira instância ação de dissolução de condomínio, pela qual buscaram a extinção de condomínio existente em imóvel do qual receberam, em herança, fração ideal. Alegaram que são herdeiras do *de cujus* e que, após o falecimento de seu genitor, não tiveram acesso ao imóvel ocupado pelo cônjuge supérstite e por dois outros herdeiros, filhos do segundo casamento. Ante a impossibilidade de usufruírem do patrimônio herdado, interpuseram a mencionada ação com o objetivo de vender a casa ocupada e a percepção dos valores correspondentes aos respectivos quinhões, mormente porque uma das recorrentes é acometida por mal crônico que levou à sua interdição. Argumentaram, também, que o direito de habitação previsto no citado art. 1.611 não tem aplicação em um universo onde o divórcio é permitido, pois a regra apenas facultaria a oposição deste direito real em face de sua própria prole. O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, determinando a alienação judicial do imóvel, resguardado o direito de preferência e a adjudicação a ser exercido por cada condômino até a assinatura do auto de arrematação. Os recorridos, por sua vez, tiveram seu apelo provido pelo TJSP. Inconformadas, as recorrentes interpuseram recurso especial, argumentando que o mencionado art. 1.611, § 2.º, do CC/1916 foi violado, pois o referido dispositivo regula apenas o direito real de habitação dentro do núcleo familiar e que a vedação judicial à possibilidade das recorrentes disporem do patrimônio vulnera o princípio da isonomia entre os herdeiros. Em contrarrazões, os recorridos sustentaram que a alienação do imóvel no qual o cônjuge supérstite detém o direito real de habitação é impossível.

Inicialmente, em voto vencido, a Min. rel. Nancy Andrighi, decidiu pelo provimento do recurso, no sentido de restabelecer a sentença proferida pelo TJSP, que permitia a alienação judicial do imóvel, conforme arts. 686 e ss. do CPC. Por sua vez, o Min. Rel. Sidnei Beneti, pediu vista dos autos e entendeu de forma diversa. Para o Ministro, o voto pelo provimento do especial frustrou a oportunidade de contraditório da parte contrária, pois vai além da matéria pré-questionada. Além disso, argumentou que a distinção entre os casos de direito de habitação relativos a “famílias com verticalidade homogêneas” não encontra amparo legal, pois, se assim o legislador desejasse, o teria feito, de modo que o texto legal ampara o cônjuge supérstite que reside no imóvel do casal. afirmou, ainda, que o atual Código Civil não alterou o regramento da matéria, limitando-se, no art. 1.831, a repetir o texto do antigo Diploma. Desta forma, o Ministro votou pelo improvimento do recurso, sendo acompanhado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Também em voto-vista, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino entendeu que o instituto do direito real de habitação secularizou-se com um enunciado normativo que pretende resguardar a moradia do cônjuge/companheiro supérstite. Ademais, de acordo com seu voto-vista, o Ministro afirmou que limitar-se o cabimento do direito real de habitação às famílias em que a prole tenha ancestralidade comum é fragilizar os fundamentos centrais pelos quais se instituiu esse direito, quais sejam, a solidariedade, a mútua assistência e a dignidade da pessoa humana, sob a faceta do direito constitucional à moradia. Posto isto, o Ministro acompanhou o voto do Ministro Sidnei Beneti, sendo pelo improvimento do recurso.

Diante do exposto, a 3.ª Turma do STJ, por maioria, negou provimento ao recurso especial, reconhecendo que o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente, mesmo nos casos de existência de filhos exclusivos do *de cujus*, e não apenas nos casos de filiação em comum, sendo vencido o voto da relatora.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, acordam os Ministros da 3.^a T. do STJ, por maioria, negar provimento ao recurso especial. Vencida a Sra. Min. Nancy Andrichi. Votaram com o Sr. Min. Sidnei Beneti os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Min. João Otávio de Noronha. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Sidnei Beneti.

Brasília, 16 de abril de 2013 (data do julgamento) – SIDNEI BENETI, relator.

REsp 1.134.387 – São Paulo (2009/0150803-3).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros.

Recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi (relatora): Cuida-se de recurso especial interposto por M. P. D. e outros, com fundamento no art. 105, III, a, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJSP.

Ação: de dissolução de condomínio, ajuizada pelas recorrentes em desfavor de R. F. B. P. e outros, pela qual buscam a extinção do condomínio existente em imóvel do qual receberam, em herança, fração ideal.

Aduzem as recorrentes que são a prole do primeiro casamento de S. P. e que, após o óbito de seu genitor, não obstante o recebimento de fração ideal como quinhão de herança (1/8 do valor do imóvel), não tiveram acesso ao imóvel, atualmente ocupado pelo cônjuge supérstite, por S. P. J. (nascido em 1982) e G. P. (nascido em 1984): prole do segundo casamento.

Ante a impossibilidade de fruírem do patrimônio herdado, as recorrentes propuseram a presente ação, objetivando, na essência, a venda da casa ocupada pelos recorridos e a percepção dos valores correspondentes aos respectivos quinhões, mormente porque uma das recorrentes é acometida por mal crônico que levou à sua interdição.

Finalizaram sua fundamentação aduzindo que o direito real de habitação previsto no art. 1.611 do CC/1916, não tem aplicação em um universo onde o divórcio é permitido, pois a regra apenas facultaria a oposição desse direito real em face de sua própria prole.

Sentença: julgou procedente o pedido para determinar a alienação judicial do imóvel, resguardando o direito de preferência e adjudicação a ser exercido por cada condômino até a assinatura do auto de arrematação.

Acórdão: o TJSP deu provimento ao apelo dos recorridos, em julgado assim ementado:

“Extinção de condomínio. Alienação judicial de coisa comum. Bem indivisível. Imóvel gravado com direito real de habitação. Art. 1.611, § 2.º, do CC/1916 (art. 1.831 CC/2002). Sentença de procedência. Apelação dos réus. Agravo retido desprovido. Preliminares. Nulidades processuais. Não ocorrência. Dispensável a intervenção de dois membros do Ministério Público. Respeitado o princípio *jura novit curia ou da mihi factum, dabo tibi jus*. Adequada adoção do art. 1.114 do CPC. Inépcia da inicial. Não caracterização. Condições da ação presentes. Preliminares rejeitadas. Mérito. Cônjuge sobrevivente. Direito real de habitação. ‘Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2.º, do art. 1.611, do CC/1916’. Pacífico o entendimento no C. STJ. Entendimento pretoriano que recusa a extinção do condomínio pela alienação do imóvel. Desnecessidade do registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes do C. STJ. Sucumbência. Inversão dos ônus. Agravo retido desprovido. Apelação dos réus provida e prejudicada a apelação das autoras.”

Doutrina citada

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 67;
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação – *RIASP* 13/252; e
- PASSARELLI, Luciano Lopes. O direito real de habitação no direito das sucessões – *RDI* 59/127.

Embargos de declaração: interpostos pelas recorrentes, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação do art. 1.611, § 2.º, do CC/1916.

Sustenta que o referido dispositivo de lei regula apenas o direito real de habitação dentro do núcleo familiar e que a vedação judicial à possibilidade das recorrentes disporem do patrimônio que lhes foi deixado como herança (fração ideal correspondente a 1/8 do imóvel para cada uma), vulnera o princípio da isonomia entre os herdeiros.

Aduzem, por fim, que existe o risco de uma das herdeiras recorrentes, deixar de usufruir do patrimônio, pois tem aproximadamente a mesma idade da recorrida.

Contrarrazões: pugnam pela inviabilidade do pleito, declinando, além das particularidades que envolveram a formação do patrimônio objeto do debate, posicionamento do STJ relativo à impossibilidade de alienação de imóvel em relação ao qual o cônjuge supérstite detém o direito real de habitação.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, pelo conhecimento e não provimento do recurso especial. (f., STJ).

É o relatório.

REsp 1.134.387 – São Paulo (2009/0150803-3).
Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros.

Recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

VOTO – A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (relatora): Cinge-se a controvérsia, em dizer se as recorrentes – filhas do primeiro casamento do *de cujus* – podem opor à recorrida – cônjuge supérstite –, detentora de direito real de habitação do imóvel em questão, as prerrogativas inerentes à propriedade de fração desse imóvel e pelas quais pleiteiam a alienação do patrimônio imobiliário para a apuração do quinhão que lhes é devido.

1. Lineamentos gerais

De um lado estão os recorridos – a cônjuge supérstite e dois filhos do segundo casamento do *de cujus*, que sustentam a inviabilidade do exercício de qualquer direito das recorrentes sobre imóvel, em face da existência de direito real de habitação, *ope legis*, sobre a residência que a viúva mantinha com seu falecido marido.

Vale registrar que os filhos da cônjuge supérstite apresentam hoje a idade de 30 e 28 anos e as filhas do primeiro casamento do *de cujus*, idades de 46 e 42 anos.

De relevo, ainda, declinar-se que o pedido de dissolução do condomínio, com a consequente venda do imóvel foi deduzido em maio de 2000, permanecendo, ainda hoje, sem solução definitiva.

As recorrentes, em contraponto à tese que foi albergada pelo Tribunal de origem, apontam para a inviabilidade da aplicação do art. 1.611 do CC/1916 (com parcial correspondência no art. 1.831 do atual CC) – que assegurava ao cônjuge supérstite o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, aduzindo, em síntese, que aquele direito real de habitação não pode ser oposto a elas, porquanto detêm direito de propriedade sobre o imóvel, em condomínio decorrente de herança, circunstância secundada pelo fato de não guardarem relação de parentalidade com a recorrida.

Os fatos relativos à controvérsia, tal como postos pelo Tribunal de origem, revelam que a propriedade das recorrentes sobre fração do imóvel, decorre de sucessão hereditária, pois eram filhas do primeiro casamento do *de cujus*, razão pela qual, herdaram, cada uma, a fração ideal de 1/8 do imóvel sob discussão.

Casando-se o pai das recorrentes pela segunda vez, aumentou sua prole, nascendo dessa segunda relação conjugal mais dois filhos, que tiveram, ao tempo de sua morte, igual direito a 1/8 do patrimônio, cada.

A outra metade do imóvel pertence, também neste universo de condomínio, à viúva meira, por força dos regramentos legais aplicáveis à espécie.

2. Da violação do art. 1.611 do CC/1916

Neste cenário de colidência entre o direito de propriedade sobre fração do imóvel e o direito real de habitação da viúva, estendido aos filhos do segundo casa-

mento, fixado por dispositivo de lei ao cônjuge sobrevivente, é necessário ponderar sobre a prevalência de um dos dois institutos, ou, ainda, buscar uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar, totalmente, um deles, em detrimento do outro, vindo a tratar sem isonomia todos os filhos do falecido.

A peculiar circunstância que envolve o processo sob análise, é existirem filhos do primeiro casamento do *de cujus*, que pleiteiam o direito de usufruírem do patrimônio que lhes deixou o pai falecido.

2.1 Do direito real de habitação

Fazendo pequena revisão histórica do instituto, verifica-se sua gênese nacional na Lei 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada – que entre outras inovações legislativas, inseriu no art. 1.611 do CC/1916, dois parágrafos, um deles fixando o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, desde que o imóvel em questão fosse o único bem daquela natureza a se inventariar e o outro, criando o chamado usufruto vidual.

A alteração legislativa ocorrida, embora contemplasse indistintamente o cônjuge supérstite, independentemente do seu gênero, teve como escopo notório, a melhoria da situação de fragilidade econômica e social da mulher à época, garantindo-lhe, em caso de óbito de seu cônjuge, a perenização do condômino que seria formado com os demais herdeiros, não precisando mais contar com o beneplácito dos demais herdeiros – às vezes dos pais do *de cujus* – para continuar residindo no imóvel adquirido na constância de seu casamento.

Daniel Blikstein, tratando da contextualização histórica do direito real de habitação, corrobora a tese quando afirma que:

“Em princípio, como já se disse, a idéia do legislador de 1962, era afastar a clara inferioridade feminina prevista até então pelo Código Civil de 1916 e legislação extravagante, inclusive no que tange aos direitos civis ora existentes.

Omissis

“De qualquer forma, o direito real de habitação decorrente de sucessão hereditária manteve-se válido e vigente em nossa legislação desde 1962, até posteriores modificações e a entrada em vigor do atual *Codex Civil*. Como já foi visto, é importante lembrar que duras críticas foram levantadas quanto à limitação do referido direito real à época, que, pela lei vigente, era aplicável apenas aos casados na comunhão universal de bens.” (BLIKSTEIN, Daniel, in: *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 195-197).

Era a garantia de moradia para a família, após o óbito de um de seus genitores, desde que esta tivesse sido prévia e formalmente constituída; houvesse optado pelo regime de comunhão universal e o cônjuge supérstite mantivesse o estado de viuvez.

Tanto o momento da fixação normativa quanto as restrições nela existentes indicam que se buscava assegurar direitos às famílias tradicionais, em uma sociedade

que começava a adentrar uma revolução de costumes que atingia, inclusive, os até então intocáveis conceitos clássicos de família.

As posteriores alterações legislativas: Lei 9.278/1996, art. 7.º – que previa a aplicação do direito real de habitação aos companheiros, sem a distinção do regime de bens; a Lei 10.050/2000 – que alterava o art. 1.611, § 2.º, do CC/1916, para incluir como beneficiário o filho necessitado, portador de deficiência (posteriormente revogada pelo Código Civil de 2002) e finalmente, o atual Código Civil, paulatinamente abrandaram as restrições da norma, sem, contudo mexer em sua essência, que era, e continua sendo a proteção do cônjuge supérstite, quanto ao direito de moradia, e por extensão, aos descendentes deste.

Para se alcançar esse fim, o direito real de habitação, inserido em contexto de sucessão, teve marco distintivo da maior parte dos direitos reais, pois se afastou a usual consensualidade presente nessa categoria de direitos, substituída, que foi, pela imposição estatal para a sua implementação, na hipótese anteriormente circunstanciada.

Quanto a essa fixação *ope legis* do direito real de habitação, Sérgio Iglesias Nunes de Souza, consigna que:

“O referido princípio (princípio da consensualidade) se diz aplicável apenas no sentido de que a concessão de um direito real a outro poderá dar-se por meio de efeitos por contrato, ou seja, não só por lei, mas também por convenção. É o caso, no primeiro, dos arts. 1.414 e 1.416 do CC brasileiro e do 1.831 do referido *Codex*, pois o direito real de habitação ali discriminado decorre de lei, e não por convenção das partes. Assim, o cônjuge sobrevivente, desde que casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e estiver na condição de viúvo (a), terá garantido o direito real de habitação em relação ao imóvel que está destinado à residência da família.” (SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. A distinção entre o Direito à moradia e o direito de habitação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 7, n. 13, São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 252).

Aqui nasce o nó górdio trazido neste recurso especial – a operacionalização da determinação legal e seus efeitos a terceiros.

2.2 Da possibilidade de aplicação do direito real de habitação, ope legis, quando coexistirem, em condomínio, herdeiros outros que não os membros do grupo familiar que estão ligados ao cônjuge supérstite

Como já declinado anteriormente, a imposição legal de que seja outorgado ao cônjuge supérstite o direito real de habitação, teve seus primórdios, e ainda hoje é justificado, pela sua proteção social e de sua prole.

Nesse sentido, os poucos posicionamentos do STJ sobre a matéria, do que é exemplo excerto do REsp 107.273/PR, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado, DJ 17.03.1997, que leio:

“É elogiável a regra legal ora em exame resguardando o interesse do cônjuge sobrevivente, formador da família e, muitas vezes, o principal responsável pela cons-

trução do patrimônio, resguardando o direito mínimo de dispor de uma morada, contra o anseio dos herdeiros em se apropriarem da herança, ainda que deixando um dos pais ao desabrigo.”

Essa razoável proteção ofertada pelo legislador ao cônjuge sobrevivente tem, porém, inegável pressuposto subjacente: a existência de famílias com relações de verticalidade homogêneas.

A razão de ser da exigência se deposita na própria origem deste direito real de habitação: a solidariedade interna do grupo familiar que prevê recíprocas relações de ajudas dentro do núcleo familiar.

Maria Berenice Dias, tratando do tema solidariedade familiar, com grande precisão declina que:

“A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF/1988, art. 229), consagra o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF/1988, art. 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário.

(...)

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safe-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.”

(DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 67).

Dessa linha de pensamento, extrai-se a *mens legislatoris* orientadora da formação do direito real de habitação: dar aplicação ao princípio da solidariedade familiar imposto aos descendentes, limitando-lhes a propriedade do patrimônio herdado, para a preservação do bem estar do ascendente sobrevivente.

A intromissão do Estado-legislador na livre capacidade das pessoas disporem dos respectivos patrimônios, só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (CF/1988, art. 203, I), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de um deles – *in casu* – dos direitos inerentes à propriedade, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, que na espécie seria a proteção ao grupo familiar.

Nessa situação, de um lado, vislumbrou-se que os filhos devem – em nome da solidariedade intrafamiliar – garantir ao seu ascendente a manutenção do seu lar; e de outro, extraiu-se da ordem natural da vida que provavelmente sobreviverão

ao habitador, momento em que poderão exercer, na sua plenitude o direito de propriedade que detêm.

No entanto, os filhos de anterior relacionamento do *de cujus*, primeiro, não guardam nenhum tipo de solidariedade em relação ao cônjuge supérstite, pois não têm com este vínculo de parentalidade e, segundo, podem ter idade similar à do habitador, hipótese em que o direito de propriedade que possuem, talvez nunca venha a ser exercido.

Daí vem a assertiva de que é forçoso circunscrever este direito real aos lindes da família tradicional, aqui definida como aquela em que a prole tenha ancestralidade comum.

É dizer, apenas entre pais e filhos vige o direito real de habitação, *ope legis*.

Na hipótese sob exame, embora as recorrentes guardem relações de parentesco com os filhos do segundo casamento de seu pai, nenhuma relação técnica, ou fática, as une à recorrida-habitadora.

As filhas do primeiro casamento do *de cujus* são, por força de lei, herdeiras do patrimônio amealhado pelo pai, em igualdade de condições – respeitado os respectivos quinhões – com os demais herdeiros necessários: os filhos do segundo casamento.

Contudo, essa igualdade fica evidentemente fragilizada quando se verifica a impossibilidade dessas herdeiras usufruírem daquele patrimônio, de forma direta ou indireta.

É razoável, repita-se, que os filhos tornem-se nu-proprietários, em fração ideal do imóvel que herdaram de um dos pais, para que o outro ancestral possa viver no mesmo imóvel pelo resto de sua vida.

No entanto, não é razoável que fora do grupo familiar, prevaleça essa imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal.

Não há elos de solidariedade entre as filhas do primeiro casamento e a cônjuge supérstite recorrida, mas ao revés, sofrem a supressão, talvez perene, de um direito que lhes foi assegurado por herança.

Nessa situação, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a imposição do direito real de habitação ao cônjuge supérstite, em face de sua própria prole, deixa de ter razoabilidade, pois se glosa os direitos à propriedade de quem não compõe o grupo familiar.

Os institutos jurídicos plasmados sob a ficção jurídica da chamada família tradicional devem sofrer necessárias adequações, para que não se trisque a necessária isonomia entre iguais, em nome de uma prevalência sócio jurídica desse tipo de família, não mais albergada pela legislação nacional.

Legislação citada

- arts. 1.º, III, 6.º, *caput*, 105, III, *a*, 203, I, 226, §§ 2.º e 3.º, 229 e 230 da CF/1988; art. 1.831 CC/2002; arts. 20, § 4.º, 686 e 1.114 do CPC; art. 7.º da Lei 9.278/1996; Lei 4.121/1962; e art. 167, I, 7, da Lei 6.015/1973.

Vale aqui citar Luciano Lopes Passarelli, que em excelente estudo sobre o tema, declinou na conclusão de seu trabalho que:

“Um outro aspecto que causa um certo desconforto em todo o tema aqui estudado é a hipótese de prejuízo aos descendentes menores do autor da herança. Isto porque, se a lei preocupou-se em não deixar o cônjuge supérstite ao desabrigo, parece que não teve a mesma preocupação com os filhos menores. E se eles ficarem ao desabrigo? Para imaginar apenas uma hipótese, basta pensar nos filhos de pais separados, já vivendo o varão em outro casamento ou união estável. (*omissis*).

Possuindo um único imóvel e vindo a falecer, herdaram os filhos, mas devem respeitar o direito real de habitação conferido ao novo cônjuge (ou companheiro). Imaginando que os filhos vivessem com a mãe, em casa alugada, e viesse a mãe também a falecer, onde iriam morar? São proprietários de uma casa (ou parte ideal dela), mas nela não podem residir.” (PASSARELLI, Luciano Lopes. O direito real de habitação no direito das sucessões. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 59. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 127).

A preocupação externada pelo autor, no exemplo por ele construído, quase que se materializa por inteiro neste recurso especial, com alguns agravantes já estabelecidos:

Existirem, neste processo, filhos do segundo casamento, igualmente herdeiros por cabeça, que embora também não possam dispor do patrimônio herdado, usufruem dele, pois convivem com a mãe habitadora;

Um das recorrentes apresenta idade próxima à da habitadora, de onde se presume que se ela vier, em algum momento futuro, a usufruir do patrimônio, o fará por pequeno lapso temporal, existindo até mesmo a concreta possibilidade de nunca fazê-lo;

O fato de a segunda recorrente ser interdita, e embora não se declare a razão dessa interdição, a circunstância indica a existência de condição especial, que merece igualmente a proteção do Estado.

Dessa forma, a relação entre as recorrentes – que em conjunto detêm a fração ideal correspondente a 1/4 do imóvel – e os recorridos, apesar da previsão legal de direito real de habitação para a recorrida R. F. B. P., não pode ter outro tratamento que não aquele que usualmente se dá ao condomínio, outorgando-se, por conseguinte, a aplicação do disposto no art. 629 do CC/1916, que prevê a possibilidade de um dos condôminos exigir, a qualquer tempo, a divisão da coisa comum.

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial para reformar o acórdão e julgar procedente o pedido inicial, restabelecendo a sentença que determinava a alienação judicial do imóvel, conforme previsto nos arts. 686 e ss. do CPC.

Ônus sucumbenciais conforme fixados em sentença.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; número de registro: 2009/0150803-3; REsp 1.134.387/SP; números de origem: 200801649110, 2500074801 e 85272000; pauta: 16.10.2012; julgado: 16.10.2012; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrichi; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Atuação – recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros; recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

Assunto: Direito civil – Coisas – Propriedade – Condomínio.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após o voto da Sra. Ministra relatora, dando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Min. Sidnei Beneti. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Massami Uyeda.”

REsp 1.134.387 – SP (2009/0150803-3).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Recorrentes: M.P.D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros.

Recorridos: R.F.B.P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

VOTO-VISTA (divergente) – O Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti: 1. As ora recorrentes, filhas do primeiro casamento do falecido, moveram ação de dissolução de condomínio contra a segunda esposa e as filhas do segundo casamento do genitor, que vivem no imóvel em decorrência do direito de habitação, nos termos do art. 1.611 do CC/1916, sustentando, as recorrentes, violação do seu § 2.^o, que dispunha: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

O voto da E. relatora dá provimento ao recurso especial, determinando a alienação judicial do bem, reformando o Acórdão ora recorrido e restabelecendo a sentença de 1.^o Grau.

Meu voto diverge do voto da E. relatora, consignando, embora, o enorme respeito pela extraordinária qualidade do voto, como do feito de S. Exa.

No sentido da manutenção do acórdão, com o improvimento do recurso, aliás, é o cuidadoso parecer da Procuradoria Geral, proferido pelo E. Subprocurador Geral Maurício Vieira Bracks.

2. É que, no sentido do acórdão ora recorrido, é a jurisprudência assente desta Corte, que deve ser mantida, inclusive em homenagem à segurança das relações jurídicas, que já vem observando a interpretação do direito tal como firmada por este Tribunal.

Postas à parte as digressões a respeito das razões históricas e da natureza jurídica do instituto do direito de habitação, que garante a casa de moradia ao cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão de bens, enquanto viver e não contrair novas núpcias, é de se assinalar a constância dos julgados nesse sentido, como lembrou o próprio acórdão recorrido e vem, agora, reafirmado nas contrarrazões ao recurso especial.

Destaquem-se os julgados que firmaram há tempos essa orientação, mediante oportuna transcrição:

“Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2.º, do CC/1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da Corte. 1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. 3. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 565.820/PR, 3.ª T., j. 16.09.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 14.03.2005, p. 323).

“Civil. cônjuge sobrevivente. imóvel. direito real de habitação. 1. Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2.º, do art. 1.611 do CC/1916. 2. *Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro.* 2. [sic] Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio” (REsp 234.276/RJ, 4.ª T., j. 14.10.2003, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 17.11.2003, p. 329). (g.n.).

“Viúvo. Direito de habitação. Imóvel residencial. Condomínio. Alienação de bem comum indivisível.

O viúvo, casado sob o regime de comunhão universal de bens, tem o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Improcedência da ação de extinção de condomínio e alienação judicial da coisa comum. Art. 1.611, § 2.º, do CC/1916. Recurso Conhecido e provido.

(...) Os pressupostos de fato desse direito estão expostos nos autos, e sobre eles não se contende, de sorte que a decisão pode ser desde logo tomada, aplicando-se o direito.

Na forma do que dispõe o art. 1.611 do CC/1916, está preservado ao cônjuge sobrevivente o direito de continuar morando no imóvel destinado à moradia da família. Acresce que, no caso dos autos, metade desse bem corresponde à meação do viúvo, que tem interesse em continuar dele desfrutando. Sendo assim, a exigência de alienação do bem para extinção do condomínio, feita pelas filhas e também condôminas, fica paralisada diante do direito real de habitação titulado ao pai.

É elogiável a regra legal ora em exame, resguardando o interesse do cônjuge sobrevivente, formador da família e, muitas vezes, o principal responsável pela construção do patrimônio, resguardando o direito mínimo de dispor de uma morada, contra o anseio dos herdeiros em se apropriarem da herança, ainda que deixando um dos pais ao desabrigo.

Posto isso, conheço e dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, com inversão dos ônus da sucumbência.” (STJ, REsp. 107.273/PR, 4.^a T., rel. Ruy Rosado Aguiar, DJ 17.03.1997).

“Alienação de coisa comum. Imóvel residencial. Direito de habitação. Cônjuge sobrevivente. O viúvo, casado sob o regime de comunhão universal de bens, tem o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência de família. (STJ) Improcedência da ação de extinção de condomínio e alienação judicial de coisa comum. Apelação provida. Unânime. (f.)” (TJRS, ApCiv 597150366, 18.^a Câ. Civ., j. 26.10.2000, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes).

“Extinção de condomínio procedente. Realização de alienação judicial. Preserva-se o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente enquanto viver e não constituir nova união ou casar. Apelo parcialmente provido. Unânime. (f.)” (TJRS, ApCiv 598271781, 20.^a Câ. Civ., j. 21.09.1999, rel. Des. Rubem Duarte).

“Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Preliminar de carência de ação afastada. O pedido refere-se apenas a extinção de condomínio e não a venda do bem. Desnecessidade de notificação prévia. Mérito. Direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, casada sob o regime da comunhão universal. Aplicação do § 2.^o do art. 1.611 do CC/1916. Precedentes. Apelo provido.” (TJRS, ApCiv 70004867263, 18.^a Câ. Civ., j. 12.09.2002, rel. Breno Pereira da Costa Vasconcellos).

“Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2.^o, do CC/1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da corte. 1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 565.820/PR, 3.^a T., j. 16.09.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 14.03.2005, p. 323).

“Civil. Cônjuge sobrevivente. Direito real de habitação. CC/1916, arts. 1.611, § 2.^o, 715 e 748. Registro. Art. 167, I, 7, da Lei 6.015/1973. Dispensabilidade. Direito decorrente do direito de família. Recurso desacolhido. – O direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente se da *ex vi legis*, dispensando o registro

no álbum imobiliário, já que se guarda estreita relação com o direito de família.” (REsp 74.729/SP, 4.^a T., j. 09.12.1997, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.03.1998, p. 93).

“Civil. Cônjuge sobrevivente. Imóvel. Direito real de habitação. 1. Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2.^o, do art. 1.611, do CC/1916. 2. Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro. 2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio.” (STJ, REsp. 234.276/RJ, 4.^a T., rel. Fernando Gonçalves, DJ 14.10.2003).

3. O voto da E. Ministra relatora extravasa as alegações das partes, frustrando a oportunidade de contraditório da parte contrária, de modo que, a rigor, vai além da matéria pré-questionada pelo prévio contraditório.

Ademais, a distinção entre casos de direito de habitação relativos a “famílias com verticalidade homogêneas” não está na lei, que, se o desejasse, teria distinguido, o que não fez, de modo que realmente pretendeu, o texto legal, amparar o cônjuge supérstite que reside no imóvel do casa (no caso, modesta casa situada no interior, já tendo sido, nas alegações da parte contrária, transferido todo o patrimônio do *de cujus* à anterior esposa e às ora recorrentes, quando da separação).

Note-se que mesmo o novo Código Civil, que, se esse fosse o sentir da sociedade, por intermédio do Poder Legislativo, e sob a mesma Constituição que ora se aplica, poderia haver alterado o regimento da matéria, mas se limitou, no art. 1.831, na essência, a repetir o texto do Código Civil de 1916: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao impossível destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

4. Anote-se, ademais, que o arrimo da interpretação jurídica estabilizada a respeito do direito de habitação, vem-se construindo todo o arcabouço relativo às novas relações familiares, via união estável, como é exemplo o precedente que segue:

“Direito civil. Sucessões. Direito real de habitação do cônjuge supérstite. Evolução legislativa. Situação jurídica mais vantajosa para o companheiro que para o cônjuge. Equiparação da união estável.

1. O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o

Jurisprudência citada

- STJ: REsp 107.273/PR, REsp 565.820/PR, REsp 234.276/RJ, REsp. 107.273/PR, REsp 565.820/PR, REsp 74.729/SP, REsp. 234.276/RJ, REsp. 821.660/DF e REsp 1.220.838/PR; e
- TJRS: ApCiv 597150366, ApCiv 598271781 e ApCiv 7000 4867263.

imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

2. A Lei 9.278/1996 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3. A Constituição Federal (art. 226, § 3.º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2.º do art. 1.611 do CC/1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp. 821.660/DF, 3.ª T., rel. Sidnei Beneti, DJ 14.06.2011).

5. É certo que doutrinadores de respeito, lembrados pelo voto da E. relatora, propugnaram por interpretação diversa (PASSARELLI, Luciano Lopes. O direito real de habitação no direito das sucessões. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 59. São Paulo: Ed. RT, 2005).

Mas as observações centrais do escrito doutrinário em causa, em primeiro lugar não têm o condão de alterar o texto de lei (muito menos retroativamente, pois, no caso, é aplicada a disposição do Código Civil de 1916), e, em segundo lugar, como se vê da própria citação, preocupou-se, o escrito, com situação que envolve menores, de que aqui absolutamente não se cogita, ainda que fosse envolver pessoa portadora de necessidades especiais, evidenciando, na verdade, influência de alguma questão concreta, quiçá submetida ao exame opinativo, ensejando posicionamento em apoio a solução individual, de que não se deve, pena de invadir a esfera legislativa, extrair orientação *contra legem* e contrária à jurisprudência de há muito tranquilizada – o que sem dúvida viria a trazer a cizânia à convivência social relativamente à delicada matéria.

6. Pelo exposto, pedindo vênias à E. relatora – e verdadeiramente contristado de não poder acompanhar a majestade da exposição constante do voto, pelo meu voto nega-se provimento ao recurso especial.

Min. Sidnei Beneti.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª T.; número de registro: 2009/0150803-3; REsp 1.134.387/SP; números de origem: 200801649110, 2500074801 e 85272000; pauta: 18.12.2012; julgado: 18.12.2012; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros; recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

Assunto: Direito civil – Coisas – Propriedade – Condomínio.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Sidnei Beneti, divergindo da Sra. Min. Nancy Andrichi, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, pediu vista o Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

REsp 1.134.387 – São Paulo (2009/0150803-3).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros.

Recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:* Eminentes colegas, pedi vista dos autos de forma a mais bem analisar a controvérsia que se desenvolve, especialmente em face das percucientes razões trazidas nos votos dos eminentes ministros que me antecederam.

Está-se no curso de ação de dissolução de condomínio proposta pelos filhos do primeiro casamento do *de cujus* contra os filhos do seu segundo casamento e a cônjuge supérstite, mãe destes e não daqueles.

A E. Min. Nancy Andrichi, analisando o instituto do direito real de habitação, entendeu, em apertada síntese, que ele deve estar circunscrito aos lindes da família tradicional, por sua excelência definida, para fins do presente direito real, como *aquela em que a prole tenha ancestralidade comum, ou seja, apenas entre pais e filhos vigeria o direito de habitação.*

Ressaltou, ainda, a necessidade de evitar-se a supressão, talvez perene, do direito de propriedade conquistado pelos filhos, tendo em vista a proximidade das idades de um dos requerentes sucessores e a cônjuge supérstite.

O E. Min. Sidnei Beneti, acompanhado pelo Min. Ricardo Cueva, reconheceu *necessário resguardar-se interpretação que há muito vem sendo conferida ao instituto em questão, preservando-se o cônjuge que nele habite.*

Ressaltou, sua excelência, ainda, inexistir na lei previsão que permita, em face do vínculo mantido entre o cônjuge e os filhos herdeiros, afastar o direito real de habitação por contenderem filhos de famílias diversas.

Com a mais respeitosa vênia da Min. Nancy, estou em acompanhar a divergência.

O instituto do direito real de habitação secularizou-se com um enunciado normativo que pretende resguardar a moradia do cônjuge/companheiro supérstite.

Compreendo a preocupação da Min. Nancy, estampada em seu sempre bem fundamentado voto.

No entanto, a jurisprudência desta Corte, quando se viu chamada a interpretar os enunciados normativos dos arts. art. 1.611, § 2.º, do CC/1916, e 1.831 do

CC/2002 sobrelevou, no mais das vezes, o interesse do cônjuge ou companheiro supérstite, e tão-somente este, pois assim o diz a lei.

Ilustro:

“União estável. 1) Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, na residência em que vivia o casal. Existência de outro imóvel residencial que não exclui esse direito. 2) Honorários advocatícios. Fixação por equidade. Majoração necessária. 3) Recurso especial conhecido e provido.

1. O direito real de habitação, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7.º da Lei 9.287/1996, incide, relativamente ao imóvel em que residia o casal, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar.

2. Esta Corte admite a revisão de honorários, pelo critério da equidade (CPC, art. 20, § 4.º), quando o valor fixado destoava da razoabilidade, revelando-se irrisório ou exagerado, ocorrendo, no caso concreto, a primeira hipótese, pois estabelecidos em R\$ 750,00, devendo ser majorados para R\$ 10.000,00. Inviável conhecimento em parte para elevação maior pretendida, em respeito ao valor dado à causa pela autora.

3. Recurso especial conhecido, em parte, e nessa parte provido, reconhecendo-se o direito real de habitação, relativamente ao imóvel em que residia o casal quando do óbito, bem como elevando-se o valor dos honorários advocatícios”. (REsp 1.220.838/PR, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 27.06.2012).

“Direito civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7.º da Lei 9.278/1996. Recurso improvido.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente.

Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7.º da Lei 9.278/1996. Precedente: REsp 1.220.838/PR, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 27.06.2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6.º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/1996 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.

4. Recurso improvido.” (REsp 1.156.744/MG, 4.ª T., j. 09.10.2012, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 18.10.2012).

“Direito civil. Sucessões. Direito real de habitação do cônjuge supérstite. Evolução legislativa. Situação jurídica mais vantajosa para o companheiro que para o cônjuge. Equiparação da união estável.

1. O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

2. A Lei 9.278/1996 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3. A Constituição Federal (art. 226, § 3.º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2.º do art. 1.611 do CC/1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4. Recurso especial improvido.” (REsp 821.660/DF, 3.ª T., j. 14.06.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 17.06.2011).

“Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2.º, do CC/1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da Corte.

1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família.

2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário.

3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 565.820/PR, 3.ª T., j. 16.09.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 14.03.2005, p. 323).

“Civil. Cônjuge sobrevivente. Imóvel. Direito real de habitação.

1. Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2.º do art. 1.611 do CC/1916.

2. Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro.

2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio.” (REsp 234.276/RJ, 4.ª T., j. 14.10.2003, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 17.11.2003, p. 329).

“Viúvo. Direito de habitação. Imóvel residencial. Condomínio. Alienação de bem comum indivisível. O viúvo, casado sob o regime de comunhão universal de bens, tem o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Improcedência da ação de extinção de condomínio e alienação judicial de coisa comum. Art. 1.611, § 2.º do CC/1916. Recurso conhecido e provido”. (REsp 107.273/PR, 4.ª T., j. 09.12.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 17.03.1997, p. 7516).

Note-se que a evolução jurisprudencial na interpretação dessas normas, em face do direito por elas resguardado, não foi exclusiva, mas inclusiva.

O legislador, da mesma forma, acedeu a esse ritmo, incrementando as hipóteses de direito real de habitação por força de lei, já que, no Código Civil de 1916, a partir de 1964, estava ele circunscrito aos cônjuges, e apenas a estes, casados em comunhão universal, e tão-somente sob esse regime, estendendo a quaisquer regimes de casamento, às uniões estáveis (Lei 9.278/1996), bem como dilatando o seu termo final, comprometido com a preservação do valor imanente à norma, que é a proteção da habitação do cônjuge ou companheiro que remanesce.

Limitar-se o cabimento do direito real de habitação às famílias em que a prole tenha ancestralidade comum, quando a lei elege como requisito principal e determinante para o nascimento do direito: a) a situação jurídica de cônjuge/companheiro e b) o fato de este residir, quando do passamento, no imóvel (único), desafiaria, como bem registrou o Min. Beneti, a linha interpretativa até então impressa por essa Corte, fragilizando os fundamentos centrais pelos quais se instituiu esse direito, quais sejam, a solidariedade, a mútua assistência e a dignidade da pessoa humana, sob a faceta do direito constitucional à moradia.

Com essas breves considerações, com a vênua da eminente relatora, acompanho à divergência, negando provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; número de registro: 2009/0150803-3; REsp 1.134.387/SP; números de origem: 200801649110, 2500074801 e 85272000; pauta: 16.04.2013; julgado: 16.04.2013; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; relator para o acórdão: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – recorrentes: M. P. D. e outros – advogados: Ricardo Ramos Novelli e outros; recorridos: R. F. B. P. e outros – advogados: Ricardo Luiz Iasi Moura e outros.

Assunto: Direito civil – Coisas – Propriedade – Condomínio.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial. Vencida a Sra. Min. Nancy Andrighi. Votaram com o Sr. Min. Sidnei Beneti os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Min. João Otávio de Noronha. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Sidnei Beneti”.

STJ – REsp 1.196.992/MS – 3.ª T. – j. 06.08.2013 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 22.08.2013 – Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral.

INVENTÁRIO – Partilha – Viúva que pretende dispor de sua meação em favor dos herdeiros, por termo nos autos do arrolamento de bens – Inadmissibilidade – Hipótese que não se confunde com renúncia à herança, configurando verdadeira doação – Ato de disposição patrimonial inter vivos que deve ser concretizado por meio de escritura pública – Inteligência dos arts. 108 e 541 do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RT 843/267, RT 840/253, RT 812/223, RT 781/242, RT 768/216 e RT 756/177.

Veja também Doutrina

- Cessão de direitos hereditários. Anulação. Erro dos cedentes. Omissão dolosa de cessionário e inventariante. Contrato comutativo, de José Osório de Azevedo Júnior – RT 862/95.

REsp 1.196.992 – Mato Grosso do Sul (2010/0104911-6).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrente: M. J. S. – advogada: Olga Lemos Cardoso de Marco – Defensora Pública.

Interessado: B. A. P. – Espólio.

Representado por: M. G. M. – Inventariante e outro.

Interessado: Juízo de Direito da 1.ª Vara Cível de Três Lagoas – MS.

Ementa: Sucessões. Recurso especial. Meação. Ato de disposição em favor dos herdeiros. Doação. Ato inter vivos. Forma. Escritura pública.

1. Discussão relativa à necessidade de lavratura de escritura pública para prática de ato de disposição da meação da viúva em favor dos herdeiros.

2. O ato para dispor da meação não se equipara à cessão de direitos hereditários, prevista no art. 1.793 do CC/2002, porque esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada.

3. Embora o art. 1.806 do CC/2002 admita que a renúncia à herança possa ser efetivada por instrumento público ou termo judicial, a meação não se confunde com a herança.

4. A renúncia da herança pressupõe a abertura da sucessão e só pode ser realizada por aqueles que ostentam a condição de herdeiro.

5. O ato de disposição patrimonial representado pela cessão gratuita da meação em favor dos herdeiros configura uma verdadeira doação, a qual, nos termos do art. 541 do CC/2002, far-se-á por escritura pública ou instrumento particular, sendo que, na hipótese, deve ser adotado o instrumento público, por conta do disposto no art. 108 do CC/2002.

6. Recurso especial desprovido.

COMENTÁRIO

Cuida-se de recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo TJMS, que manteve o indeferimento do ato de disposição da integralidade da meação pela viúva, por entender necessária a lavratura de escritura pública para sua efetivação, eis que não se trata de herança, mas de patrimônio particular da meeira, não podendo ser realizado por termo nos autos de inventário.

A relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, ao analisar a questão, observou que o acórdão recorrido afirmou a necessidade de escritura pública porque a disposição da meação do cônjuge supérstite é ato *inter vivos*, não se confundindo com a sucessão *causa mortis*. Além disso, a escritura pública é a forma prescrita em lei como condição essencial para validade de alguns atos, e para tais, torna-se ele imprescindível, conforme art. 108 do CC/2002. Por sua vez, a recorrente afirmou não ter condições de arcar com o pagamento dos emolumentos cartorários necessários à lavratura de instrumento público para dispor da meação em favor dos herdeiros e que existe jurisprudência do Tribunal de Justiça paulista no sentido de admitir a cessão da meação por termo nos autos. Posto isto, a relatora entendeu que, embora o art. 1.806 do CC/2002, de fato, admita que a renúncia à herança pode ser formalizada mediante instrumento público ou termo judicial, é necessário apontar sensível diferença entre os institutos, uma vez que, enquanto a herança, a posse ou a propriedade dos bens do *de cuius* transmite-se aos herdeiros quando da abertura da sucessão (princípio do *saisine*), na meação, o patrimônio é de propriedade da viúva em decorrência do regime de bens do casamento, independe da abertura da sucessão, podendo ser objeto de ato de disposição pela viúva a qualquer tempo, seja em favor de herdeiros ou terceiros. Portanto, de acordo com a relatora, o ato de disposição patrimonial da recorrente, caracterizado como a renúncia da sua meação em favor dos herdeiros, não pode ser equiparada à renúncia da herança, tampouco pode ser confundido com a cessão de direitos hereditários. Configura-se, contudo, uma verdadeira doação, inclusive, para fins tributários. No caso em tela, a doação, nos termos do art. 541 c/c art. 108, ambos do CC/2002, deve ser formalizada por escritura pública, não podendo ser dispensada esta formalidade, ainda que a recorrente não possua recursos financeiros para arcar com o pagamento dos emolumentos.

Diante do exposto, a 3.ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto da Ministra relatora, negar provimento ao recurso especial, no sentido de ser exigível a lavratura de escritura pública para transmissão da meação da viúva aos herdeiros, eis que tal ato configura-se como verdadeira doação, não podendo ser confundido com a renúncia da herança ou com a cessão de direitos hereditários.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib)

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib)

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (data do julgamento) – Min. NANCY ANDRIGHI, relatora.

REsp 1.196.992 – Mato Grosso do Sul (2010/0104911-6).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Recorrente: M. J. S. – advogada: Olga Lemos Cardoso de Marco – Defensora Pública.

Interessado: B. A. P. – Espólio.

Representado por: M. G. M. – Inventariante e outro.

Interessado: Juízo de Direito da 1.^a Vara Cível de Três Lagoas – MS.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrichi (relatora): Cuida-se de recurso especial interposto por M. J. S., com base no art. 105, III, c, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJMS.

Ação: Arrolamento sumário dos bens deixados por B. A. P., em razão de seu falecimento.

Decisão: Indeferiu o ato de disposição da integralidade da meação pela viúva M. J. S., nos autos do arrolamento, por entender que não se trata de herança, mas de patrimônio particular da meeira, perfazendo ato não afeto ao juízo sucessório, sendo, portanto, necessária a lavratura de escritura pública para sua efetivação.

Acórdão: Manteve a decisão unipessoal que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por M. J. S., para reafirmar a necessidade de escritura pública que a viúva disponha da sua meação em favor dos herdeiros, o que não pode ser feito por termo nos autos do inventário, por se tratar de ato de disposição patrimonial *inter vivos*, nos termos da seguinte ementa (e-STJ f.):

“Ementa – Agravo regimental em agravo – Decisão que negou seguimento de plano ao recurso – Agravo regimental que nenhum elemento novo trouxe que levasse o relator a se retratar da decisão prolatada – Recurso não provido.

Mantém-se a decisão que nega seguimento de plano, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada”.

Recurso especial: Interposto por M. J. S. com base na alínea c do permissivo constitucional (e-STJ f.), alega a existência de dissídio jurisprudencial.

Doutrina citada

- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

dencial entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido pelo TJSP, no agravo de instrumento 468.409-4/5-00, em sede do qual teria sido reconhecida a possibilidade de renúncia à meação por termo dos autos, não se fazendo necessária a lavratura de escritura pública perante o tabelião.

Exame de admissibilidade: O recurso foi admitido na origem pelo TJMS (e-STJ f.).

É o relatório.

REsp 1.196.992 – Mato Grosso do Sul (2010/0104911-6).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrente: M. J. S. – *advogada:* Olga Lemos Cardoso de Marco – *Defensora Pública.*

Interessado: B. A. P. – *Espólio.*

Representado por: M. G. M. – *Inventariante e outro.*

Interessado: Juízo de Direito da 1.^a Vara Cível de Três Lagoas – MS.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora): Cinge-se a controvérsia a analisar a possibilidade da viúva renunciar sua meação em favor dos herdeiros, por termo nos autos de inventário, dispensando-se a lavratura de escritura pública.

I – Das formalidades relacionadas ao ato de disposição da meação do cônjuge em favor dos herdeiros.

O acórdão recorrido afirma a necessidade de escritura pública porque a “disposição da meação do cônjuge supérstite é ato de iniciativa *inter vivos* e não se confunde com a sucessão *causa mortis*. Ademais, a escritura pública é a forma prescrita pela lei como condição essencial para validade de alguns atos, e para tais, torna-se ele imprescindível, nos termos do art. 108 do CC/2002” (e-STJ f.).

Legislação citada

- art. 105, III, c, da CF/1988; e arts. 108, 541, 793 e 1.806 do CC/2002.

Aduz a recorrente, todavia, que não tem condições de arcar com o pagamento dos emolumentos cartorários necessários à lavratura de instrumento público para dispor da meação em favor dos herdeiros, e que há jurisprudência do TJSP admitindo a cessão da meação por termo judicial nos autos do inventário.

O acórdão paradigma apontado pela recorrente, de fato, reconheceu a possibilidade da cessão da meação se dar por termo nos autos, ao equipará-la, de certa maneira, à renúncia da herança.

Para corroborar sua conclusão, o TJSP faz remissão à lição de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim, no sentido de que “*embora inconfundível com a renúncia à herança, dela se aproxima ao ponto em que implica efetiva cessão de direitos*, de modo que utilizáveis os mesmo instrumentos para sua formalização. Com efeito, o direito de cada herdeiro, a título de posse ou propriedade, sobre

sua parte ideal na herança, antes da partilha é juridicamente equivalente ao do cônjuge sobrevivente sobre a metade ideal do patrimônio a partilhar” (*Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões*, 16. ed., Leud: São Paulo, 2003, p. 64/65) (e-STJ f.) (sem destaque no original).

Jurisprudência citada

- STJ: Ag 1165370; e
- TJSP: AgIn 468.409-4/5-00.

Embora o art. 1.806 do CC/2002, de fato, admita que a renúncia à herança possa ser efetivada por instrumento público *ou termo judicial*, é relevante apontar uma sensível diferença entre os institutos: enquanto na herança, a posse ou propriedade dos bens do *de cuius* transmite-se aos herdeiros quando e porque aberta a sucessão (princípio do *saisine*), na meação, o patrimônio é de propriedade da viúva em decorrência do regime de bens do casamento, independe da abertura da sucessão, e pode ser objeto de ato de disposição pela viúva a qualquer tempo, seja em favor dos herdeiros ou de terceiros.

Em síntese, a renúncia da herança pressupõe a abertura da sucessão e a condição de herdeiro, situações que não se aplicam à viúva-meeira. Nas palavras de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Representando abdicação do direito à herança, só se admite a renúncia quando da abertura da sucessão, oportunidade em que nasce o direito hereditário. O repúdio prematuro, ou promessa de renúncia, ainda que formal, promovidos antes do falecimento, não tem validade jurídica, até porque implicariam em ilegal pacto sucessório” (*Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 89).

Assim, na hipótese, o ato de disposição patrimonial da recorrente, caracterizado como a renúncia da sua meação em favor dos herdeiros, não pode ser equiparada renúncia da herança.

Da mesma forma, ele não se confunde com a cessão de direitos hereditários, prevista no art. 1.793 do CC/2002, porque esta também pressupõe a condição de herdeiro do cedente. Note-se, por oportuno, que a própria cessão de direitos hereditários exige a lavratura de escritura pública para sua efetivação, não havendo porque se prescindir dessa formalidade no que tange à cessão da meação.

Com efeito, verifica-se que ato de disposição patrimonial pretendido pela recorrente, representado pela cessão gratuita da sua meação em favor dos herdeiros do falecido, configura uma verdadeira doação, inclusive para fins tributários, como, aliás, já foi consignado por esta Corte, no Ag 1165370, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 18.09.2009.

E a doação, por sua vez, nos termos do art. 541 do CC/2002, far-se-á por Escritura Pública ou instrumento particular, sendo que, na hipótese, deve ser adotado o instrumento público, por conta do disposto no art. 108 do CC/2002.

Embora seja compreensível a dificuldade da recorrente em arcar com o pagamento dos custos necessários à lavratura de uma escritura pública, perante o tabelião, para poder transferir aos seus filhos a propriedade da metade do imóvel

inventariado, que lhe pertence em razão da meação, não há possibilidade de se prescindir das formalidades expressamente previstas na legislação civil.

Forte nestas razões, nego provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; número de registro: 2010/0104911-6; processo eletrônico; REsp 1.196.992/MS; números de origem: 20090280306, 20090280306000100, 20090280306000101 e 21090051530; pauta: 06.08.2013 – julgado: 06.08.2013; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. José Bonifácio Borges de Andrada; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: M. J. S. – advogado: Olga Lemos Cardoso de Marco – Defensora Pública; Interessado: B. A. P. – Espólio; Representado por: M. G. M. – Inventariante e outro; Interessado: Juízo de Direito da 1.^a Vara Cível de Três Lagoas – MS.

Assunto: Direito civil – Sucessões – Inventário e partilha.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na Sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, nego provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.”

(DJe 22.08.2013).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – *ApCiv 0001077-80.2011.8.26.0415* – Conselho Superior de Magistratura – j. 27.06.2013 – v.u. – rel. Corregedor Geral da Justiça José Renato Nalini – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Doação – Loteador que concede viela particular a município, sem anuência do adquirente de lote atingido – Inadmissibilidade – Alteração do loteamento registrado que exige aceite do confrontante afetado – Inteligência do art. 28 da Lei 6.766/1979.

Veja também Jurisprudência

- *RT 755/189, RDI 6/144 e RDI 39/316.*

Veja também Doutrina

- Doação de área institucional em loteamento: regime jurídico, boa-fé objetiva, aspectos notariais e registrais, de Luciano de Camargo Penteadó – *RPriv 53/31*;
- Loteamento urbano conceito e requisitos – Plano de loteamento – Aprovação pela prefeitura – Inscrição no registro de imóveis – Transferência das áreas públicas – Desistência do loteamento – Caducidade da aprovação, de Hely Lopes Meirelles – *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, organizada por Carlos Ari Sundfeld e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, São Paulo, Ed. RT, vol. 2, p. 81; e
- Registro de imóveis – Loteamento – Bens públicos – Abertura de matrículas relativas a lotes correspondentes a espaços livres de loteamento – Empreendimento inscrito na vigência do Dec.-lei 58/1937 – Admissibilidade – Doação dos lotes como espaços livres à municipalidade que encontra respaldo em escritura pública levada a inscrição no fôlio predial, de Álvaro Luiz Valery Mirra – *RDI 68/387*.

COMENTÁRIO

Cuida-se de apelação cível interposta em face de r. sentença proferida pelo juízo *a quo* que, julgando procedente a dúvida suscitada, manteve a recusa de registro de doação de área integrante de loteamento para o Município, tendo em vista a ausência de anuência dos demais adquirentes dos lotes. Em suas razões, o apelante argumentou, em síntese, que a área objeto da doação do loteador ao Município não causa qualquer prejuízo aos adquirentes.

Após analisar o recurso interposto, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. José Renato Nalini, observou que a área doada já foi objeto de constituição de direito real de servidão em favor do imóvel pertencente a um dos adquirentes. Assim, entendeu que a exigência formulada pelo Oficial Registrador e acolhida pelo Juiz Corregedor Permanente deve ser temperada, conforme se depreende da leitura do art. 28 da Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e que a exigência de anuência restringe-se, apenas, aos confrontantes atingidos. Ademais, observou que a constituição de direito real de servidão pela apelante em favor do imóvel pertencente a um dos adquirentes, em ação de interdito proibitório outrora em curso, não transfere a propriedade da coisa, mas apenas cria um ônus ao prédio dominante em benefício do prédio serviente. Por fim, o relator afirmou que, na hipótese de alteração ou cancelamento parcial de loteamento registrado, o acordo entre o loteador e os adquirentes dos lotes atingidos é imprescindível, medida que não foi observada *in casu*.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, negar provimento ao recurso, obstando o registro do título, tendo em vista a inexistência da anuência do adquirente do lote atingido e a não observância do art. 28 da Lei 6.766/1979.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Ap 0001077-80.2011.8.26.0415*, da Comarca de *Palmital*, em que é apelante *Gsp Urbanização e Engenharia Ltda.*, é apelado *Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Palmital*.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Ivan Sartori (presidente), Gonzaga Franceschini, Alves Bevilacqua, Samuel Júnior, Silveira Paulilo e Tristão Ribeiro.

São Paulo, 27 de junho de 2013 – **JOSÉ RENATO NALINI**, *Corregedor Geral da Justiça e relator*.

ApCiv 0001077-80.2011.8.26.0415.

Apelante: GSP Urbanização e Engenharia Ltda.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Palmital.

Voto 21.277.

Ementa: Registro de imóveis – Alteração do plano de loteamento – Doação de área ao Município sem anuência de todos os adquirentes de lotes – Impossibilidade – Recurso não provido.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente a dúvida e por consequência obistou o registro da doação da área descrita às f. do loteamento Golden Park da empresa GSP Urbanização e Engenharia Ltda. para o Município de Palmital, sem a anuência dos demais adquirentes de lotes.

Sustenta o apelante, em apertada síntese, que a área objeto da doação do loteador ao Município não causa qualquer prejuízo aos 201 adquirentes de lotes.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É uma síntese do necessário.

O recurso não comporta provimento.

O tema em debate resume-se a possibilidade de registro da escritura de doação de f. – “*uma viela de forma irregular, com frente para a rua 1 e mede 3,0 m, a direita divisa com o remanescente-a e mede 17,88 m, aos fundos divisa com a área de Aparecida Vieira Santos e mede 3,00m, a esquerda divisa com o remanescente-b e mede 17,82m, totalizando a área de 53,55m²*” – Área que já foi objeto de constituição do direito real de servidão em favor do imóvel pertencente a Aparecida Vieira dos Santos Cruz.

A exigência solicitada pelo Oficial de RI e acolhida pelo Juiz Corregedor Permanentemente quanto à indispensabilidade de anuência de todos os adquirentes de lotes do loteamento Golden Park para concretização da doação de área ao Município de Palmital deve ser temperada. É o que se extrai de adequada leitura do art. 28 da Lei 6.766/1979 – “*qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original com a devida averbação*”. Com isso, reduz-se a exigência apenas aos confrontantes atingidos.

Legislação citada

- art. 28 da Lei 6.766/1979.

A constituição do direito real de servidão (“*da área descrita na nota devolutiva do Oficial do RI de Palmital*”) pela apelante em favor do imóvel pertencente à Aparecida Vieira dos Santos Cruz na ação de interdito proibitório outrora em curso – Processo 998/00, f. – Não transfere a propriedade da coisa, criando apenas um ônus ao prédio dominante em benefício do prédio serviente.

Na hipótese de alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado é indispensável o acordo entre loteador e *adquirentes de lotes atingidos*, o que, de fato, não foi observado pela apelante, loteadora e proprietária de um dos imóveis confrontantes a área loteada (lote 17/18/A – conforme memorial de f.).

Ainda que à época da aquisição do lote 17/18/B o Sr. Jorge da Silva já tivesse conhecimento da servidão de passagem instituída na área – Conforme documento de f.–, nada libera o loteador de tomar seu aceite para doação da viela particular a Municipalidade.

Desta forma, tendo o apelante inobservado o art. 28 da Lei 6.766/1979, ao ignorar a anuência do adquirente do lote atingido, é de rigor a rejeição do recurso.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

José Renato Nalini, Corregedor Geral da Justiça e relator.

(Disponibilizado pelo TJSP em 17.07.2013).

TJSP – *ApCiv 0012845-42.2012.8.26.0132* – Conselho Superior de Magistratura – j. 18.04.2013 – v.u. – rel. Corregedor Geral da Justiça José Renato Nalini – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Inscrição de desmembramento – Inadmissibilidade – Certidão de distribuição cível que comprova a existência de diversas ações pessoais em curso contra o anterior proprietário do lote – Ausência de prova da solvabilidade do loteador que impossibilita a aprovação do parcelamento – Inteligência do art. 18, IV, b, da Lei 6.766/1979.

Veja também Jurisprudência

- *RDI 11/118.*

Veja também Doutrina

- Inadmissibilidade de averbação de desmembramento, de Narciso Orlandi Neto – *RDI 10/152*;
- Loteamento e seu registro, de Afrânio de Carvalho (*RDI 8/9*), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 4, p. 773; e
- O desmembramento de imóvel perante o registro imobiliário, de Elvino Silva Filho (*RDI 7/57*), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 4, p. 285.

COMENTÁRIO

Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença proferida pelo juízo *a quo*, que reconheceu a impossibilidade da inscrição de desmembramento de imóvel, diante da apresentação de certidão expedida pelo distribuidor cível da Comarca, demonstrando a existência de diversas ações pessoais movidas contra o anterior proprietário do imóvel. Em suas razões, o apelante sustentou ser possível a inscrição do desmembramento, tendo em vista a presença dos pressupostos legais, não sendo aplicáveis as restrições existentes contra a pessoa do anterior proprietário.

Após analisar as razões recursais, o rel. Des. José Renato Nalini entendeu que, o fato do lote que se pretende desmembrar estar inserido em loteamento, não altera a incidência da Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), tendo em vista que sua aplicação ocorre na hipótese de parcelamento, do qual o desmembramento é espécie, conforme se infere da redação do art. 2.º, *caput*, e § 2.º, da mencionada Lei. Desta forma, concluiu que o desmembramento pretendido deve sujeitar-se ao disposto na Lei 6.766/1979, não sendo possível a utilização dos documentos relativos

ao registro do loteamento ante à diversidade de situações jurídicas. Além disso, o relator entendeu que o registro do loteamento não tem o condão de conduzir ao registro do desmembramento por mero requerimento, uma vez que não se trata de desdobro ou destaque, mas de fracionamento do solo urbano com a finalidade de sucessivas vendas voltadas à implantação de aglomerado urbano local e que o motivo impeditivo do registro não se refere a ações pessoais em curso perante a apelante, atual proprietária do imóvel, mas em relação ao anterior proprietário. Neste aspecto, o relator apontou que o art. 18, IV, b, da Lei 6.766/1979 deve ser interpretado no sentido de que, sendo o titular da propriedade no período inferior a 10 anos, a certidão apresentada deve envolver o anterior proprietário, de modo a demonstrar a impossibilidade dos imóveis a serem adquiridos poderem ser chamados à saldar dívidas do proprietário anterior e afirmou que não foram apresentadas as certidões de objeto e pé das ações em curso contra o anterior proprietário, sendo impossível avaliar se a garantia patrimonial oferecida pela apelante é suficiente para cobrir dívidas daquele. Ademais, observou, ainda, que a propriedade foi transferida em 2007, quando já existiam ações em curso contra o vendedor e que, por regra de boa-fé objetiva não é possível à apelante trazer a publicidade contrato particular não registrado que não havia mencionado quando da lavratura de escritura pública de compra e venda, sob pena de *venire contra factum proprium*.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto do Desembargador relator, julgar improvido o recurso, entendendo ser inviável a aprovação do parcelamento à falta da prova da solvabilidade da loteadora, que somente poderá ser solucionado por meio da apresentação das certidões de objeto e pé das ações pessoais em curso contra o anterior proprietário no decênio anterior ao requerimento.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0012845-42.2012.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante Terracat Terra-planagem Catanduva Ltda. e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Catanduva.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

Participaram do julgamento os Desembargadores Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Walter de Almeida Guilherme, decano em exercício, Samuel Alves de Melo Junior, Antônio José Silveira Paulilo e Antônio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 18 de abril de 2013 – JOSÉ RENATO NALINI, *Corregedor Geral da Justiça e relator*.

ApCiv 0012845-42.2012.8.26.0132.

Apelante: Terracat Terraplanagem Catanduva Ltda.

Apelado: 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Catanduva.

Voto 21.237.

Ementa: Registro de imóveis – Desmembramento – Ações pessoais em curso contra o anterior proprietário – Necessidade da prova de solvência do loteador em consideração às ações em curso – Recurso não provido.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que reconheceu impossibilidade da inscrição do desmembramento do imóvel matriculado sob o n. 33.709, diante da existência de certidão expedida pelo distribuidor cível da Comarca de Catanduva demonstrando a existência de várias ações pessoais movidas contra o anterior proprietário do imóvel.

Sustenta a apelante a realização da inscrição em virtude da presença dos pressupostos legais, não se aplicando as restrições existentes contra a pessoa do anterior proprietário (a f.).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (a f.).

É o relatório.

O fato do lote, cujo desmembramento é pretendido, inserir-se em um loteamento não altera a incidência da Lei 6.766/1979 uma vez que sua aplicação ocorre na hipótese de parcelamento do qual o desmembramento é espécie, como se infere da redação do art. 2.º, *caput* e § 2.º, da Lei 6.766/1979, a saber:

“Art. 2.º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 2.º Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.”

Portanto, o desmembramento, tal qual ocorreu com o loteamento no qual está inserido, deverá observar o disposto na Lei 6.766/1979, não sendo possível a utilização dos documentos relativos ao registro do loteamento ante à diversidade de situações jurídicas.

Desse modo, o registro do loteamento não tem o condão de conduzir ao registro do desmembramento por simples requerimento, porquanto a figura pretendida não é desdobre ou destaque, mas fracionamento do solo urbano para fins de vendas sucessivas voltadas à implantação de aglomerado urbano no local.

Legislação citada

- arts. 2.º, *caput* e § 2.º, e 18, IV, b, da Lei 6.766/1979.

A situação impeditiva do registro não se refere a ações pessoais em curso perante a atual proprietária, ora apelante, mas sim em relação ao anterior proprietário pelo período de dez anos, porquanto o Sr. Arnaldo José Mazzei é réu em várias ações pessoais conforme consta da Certidão de Distribuições Cíveis de f.

O art. 18, IV, b, da Lei 6.766/1979 deve ser interpretado no sentido do titular da propriedade no período, assim, sendo o loteador proprietário por tempo inferior a dez anos, como ocorre no presente caso, a certidão deve envolver o anterior proprietário objetivando demonstrar a impossibilidade dos imóveis a serem adquiridos poderem ser chamados à saldar dívidas do proprietário anterior.

Nessa linha, não foram apresentadas as certidões de objeto e pé das ações em curso contra o anterior proprietário, assim, impossível avaliar se a garantia patrimonial fornecida pela atual proprietária é suficiente para cobrir eventuais dívidas daquele.

Sem essa prova há probabilidade de risco econômico dos futuros adquirentes ante a possibilidade do reconhecimento da ineficácia da alienação perante o anterior proprietário.

O imóvel foi objeto de compromisso de compra e venda celebrado por instrumento particular em 15.07.1999 com o preço quitado integralmente no ato no importe de R\$ 25.931,91 (a f.).

A Escritura Pública de Compra e Venda realizada em 17.05.2007 não mencionou a existência do compromisso de compra e venda anterior e constou o preço da ordem de R\$ 3.000,00 (a f.), sendo registrada em 20.05.2007 (a f.).

Desse modo são possíveis duas conclusões: (i) a propriedade foi transferida em 2007 quando já havia ações em curso contra o vendedor e, (ii) por regra de boa-fé objetiva não é possível à apelante trazer a publicidade contrato particular não registrado que não havia mencionado quando da realização da escritura pública de compra e venda, pena de *venire contra factum proprium*.

Seja como for, no âmbito administrativo deve ser considerada a data da transferência da propriedade (20.05.2007).

Nestes termos, conforme decidido pelo MM Juiz Corregedor Permanente, é inviável a aprovação do parcelamento à falta da prova da solvabilidade da loteadora, o que somente poderá ser feito por meio da apresentação das certidões de objeto e pé das ações pessoais em curso contra o anterior proprietário no decênio anterior ao requerimento.

Por fim, ressaltamos a presença de precedente administrativo deste E. Conselho Superior da Magistratura negando desmembramento no caso do não atendimento do disposto no art. 18 da Lei 6.766/1979, conforme segue:

“Registro de imóveis. Desmembramento negado. Existência de ações penais por crime contra

Jurisprudência citada

- TJSP: Ap 1.114-6/0.

a ordem tributária e contra o patrimônio contra quem foi proprietário do imóvel dentro do decênio anterior ao pedido de registro configurando impedimento ao ato registrário. Existência também de ações pessoais contra os titulares primitivos do imóvel, sem que haja prova segura de que tais ações não prejudicarão os adquirentes dos lotes. Dúvida procedente. Recurso não provido (rel. Des. Ruy Camilo, j. 16.06.2009, Ap 1.114-6/0)".

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

José Renato Nalini, Corregedor Geral da Justiça e relator.

(Disponibilizado pelo TJSP em 25.07.2013).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

TJRS – *ApCiv 70052518008* – 17.ª Câm. Civ. – j. 06.06.2013
– v.u. – rel. Des. Gelson Rolim Stocker – *DJe* 14.06.2013 –
Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral.

OBRIGAÇÃO DE FAZER – Outorga de escritura pública definitiva de imóvel – Inadmissibilidade – Pretensão que recai sobre residência construída em área verde de propriedade de município – Mera concessão de permissão de uso do bem que não legitima o pleito – Extinção do feito que se impõe – Inteligência dos arts. 267, VI, e 295, I, do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RTSul 1/225 e RDA 67/395.

Veja também Doutrina

- A reserva legal florestal e os imóveis situados em zona rural, urbana e de expansão urbana, de Leonardo Castro Maia (RDA 63/375), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 5, p. 1247;
- Aspectos jurídicos das florestas de preservação permanente e das reservas legais proteção ambiental e propriedade, de Júlio Cezar Lima Brandão, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, 2012, vol. 2, p. 477;
- Concessão especial de uso para fins de moradia a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente, de Cintia Maria Scheid, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 5, p. 1109;
- Diretrizes da legislação ambiental para a preservação das áreas verdes urbanas, de Helita Barreira Custódio, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, 2012, vol. 3, p. 107; e
- O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental, de Luis Roberto Gomes (RDA 17/160), *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, 2012, vol. 1, p. 471.

ApCiv 70052518008 – 17.^a Câm. Civ. – Comarca de São Leopoldo.
Apelantes: *Luiz Alberto da Rocha Silveira e Luci Conceição Silveira*.
Apelado: *Município de São Leopoldo*.
Relator: *Gelson Rolim Stocker*.
Data de julgamento: *06.06.2013*.
Publicação: *Diário da Justiça do dia 14.06.2013*.

Ementa: Apelação cível. Registro de imóveis. Obrigação de fazer. Outorga de escritura pública definitiva. Habitação em área verde. Impossibilidade. Sentença mantida.

Demonstrado que os autores residem em imóvel construído sobre área verde da municipalidade, apenas possuindo a permissão de uso concedida pelo Município, inviável o pedido de outorga de escritura pública definitiva do bem, razão de manutenção da sentença de extinção do feito, com base no art. 295, I c/c art. 267, VI do, ambos do CPC.

Apelo desprovido.

COMENTÁRIO

Cuida-se de apelação cível interposta em face de r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que indeferiu a inicial e julgou extinto o pedido de obrigação de fazer movida em face do Município, sem resolução do mérito. Inconformados com a decisão, os apelantes interpuseram o recurso sob o argumento de que foram assentados sobre a promessa de posse definitiva, sendo-lhes, inclusive, permitida a construção da residência que habitam a mais de 48 anos.

Examinada a questão, entendeu o relator do acórdão, Des. Gelson Rolim Stocker, que restou incontroverso que os autores residem em imóvel construído sobre área verde pertencente à municipalidade e que o documento juntado aos autos somente atesta que os apelantes apenas possuem permissão de uso da área concedida pelo Município, sendo inviável o pedido de outorga de escritura pública definitiva do bem e necessária a manutenção da sentença de extinção do feito, conforme art. 295, I c/c art. 267, VI, ambos do CPC. Ademais, entendeu o relator que a Prefeitura é parte ilegítima para responder a demanda, tendo em vista esta não possuir personalidade jurídica, o que bastaria para a extinção do feito.

Diante do exposto, a 17.^a Câm. Civ. do TJRS, decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, negar provimento ao recurso, mantendo a sentença proferida pelo juízo *a quo*.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da 17.^a Câm. Civ. do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Sras. *Des. Elaine Harzheim Macedo (presidente)* e *Des. Liège Puricelli Pires*.

Porto Alegre, 06 de junho de 2013 – *Des. Gelson Rolim Stocker, relator*.

RELATÓRIO – *Des. Gelson Rolim Stocker (relator)*: Trata-se de recurso de apelação interposto por Luiz Alberto da Rocha Silveira e Luci Conceição Silveira em face da sentença que extinguiu o feito, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, que estes movem em desfavor do Município de São Leopoldo.

Adoto o relatório da sentença (f.), que transcrevo:

“Trata-se de ação ordinária de obrigação de fazer com vistas a outorga de escritura pública de imóvel aforada por *Luiz Alberto da Rocha Silveira e Luci Conceição da Silveira* em face de *Prefeitura Municipal de São Leopoldo*, objetivando, em síntese, que seja determinado que os demandados providenciem a escritura pública definitiva da área que os requerentes habitam.

Alega os autores que há mais de 48 anos habitam área verde, de propriedade do Município, da qual lhes foi concedida posse para fins de moradia, sendo-lhes prometida a entrega da escritura do imóvel, o que nunca ocorreu.

Requerem, em sede de antecipação de tutela, autorização para continuarem residindo naquela área e, no mérito, que lhes seja entregue a Escritura Pública definitiva do imóvel.

Em razão de tratar-se de imóvel localizado em área verde e de propriedade do Município, intimou-se a parte autora a esclarecer seu pedido, bem como apresentar os fundamentos jurídicos de sua pretensão, pois – da análise da inicial – seria juridicamente impossível. Intimou-se inclusive para adequação do polo passivo, uma vez que não possui a Prefeitura de São Leopoldo personalidade jurídica para ser parte na demanda.

Sobreveio manifestação do demandante, no sentido de que o dever do réu de providenciar a escritura pública advinha da concessão da área para moradia, por longo período (48 anos), bem como do direito a moradia assegurado pela Constituição Federal. *É o relato*”.

A sentença recorrida assim decidiu:

“Por tal razão, *indefiro a inicial* e, por conseguinte, *julgo extinto o feito, sem resolução de mérito*, com base no art. 295, I, do CPC c/c art. 267, VI, do mesmo diploma legal.

Custas pela parte autora, cuja exigibilidade resta suspensa em razão de que litiga sob o abrigo da AJG.

Não instaurado o contraditório, deixo de fixar honorários advocatícios à parte requerida, porquanto não incidente o princípio da causalidade”.

Os autores apelam nas f. Em suas razões, requerem o provimento do apelo para que a sentença seja desconstituída. Para tanto, aduzem que foram assentadas sobre a promessa de posse definitiva do bem, tanto é que lhes foi permitido construir residência hoje avaliada em R\$ 80.000,00, sendo que lá residem há mais de

Legislação citada

- arts. 267, VI, 295, I, 549, 551 e 552 do CPC.

48 anos. Ademais, referem que deve ser oportunizada a produção de provas para demonstrarem o seu direito, sob pena de cerceamento de defesa.

Sem contrarrazões, pois não angularizada a relação processual.

O Ministério Público emitiu parecer, opinando pelo conhecimento e desproviamento do recurso (f.).

Sem preparo, por litigar os autores sob o benefício da AJG, vieram os autos a esta Corte de jurisdição para julgamento.

Registro que foi observado o disposto nos arts. 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS – *Des. Gelson Rolim Stocker* (relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, passando diretamente ao julgamento do mérito.

Adianto que o apelo não merece prosperar.

Pelo conjunto fático-probatório dos autos, ainda que não angularizado o feito, restou incontroverso que os autores residem em imóvel construído sobre área verde da municipalidade.

Ademais, o documento da f. apenas atesta possuírem os autores permissão de uso da área concedida pelo Município, de forma que inviável o pedido de outorga de escritura pública definitiva do bem, razão de manutenção da sentença de extinção do feito, com base no art. 295, I¹ c/c art. 267, VI,² ambos do CPC.

Da mesma forma, como bem sustentou a magistrada ao prolatar a sentença e a Procuradora de justiça em seu parecer, a Prefeitura Municipal de São Leopoldo é parte ilegítima para responder a demanda, haja vista não possuir personalidade jurídica, o que por si só caberia a extinção do feito.

Desta feita, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É o voto.

Des. Liége Puricelli Pires (revisora) – De acordo com o relator.

Des. Elaine Harzheim Macedo (presidente) – De acordo com o relator.

Des. Elaine Harzheim Macedo – Presidente – ApCiv 70052518008, Comarca de São Leopoldo: “À unanimidade, negaram provimento ao apelo”.

Julgadora de 1.º Grau: Adriane de Mattos Figueiredo.

1. “Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta (...).”

2. “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.”

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO

CGJSP – Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo –
*Processo 2013/00055856 – j. 31.07.2013 – rel. Dr. Gustavo
Henrique Bretas Marzagão – DJe 09.08.2013 – Área do Di-
reito: Imobiliário e Registral.*

REGISTRO DE IMÓVEIS – Arrolamento de bens previsto no art. 64, da Lei 9.532/1997, que não caracteriza ônus – Transporte para a nova matrícula aberta em virtude de fusão de outras duas em nome de novo titular de domínio indevido – Recurso não provido.

Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo
Processo CG 2013/00055856 (268/2013-E)
Autor do Parecer: *Gustavo Henrique Bretas Marzagão*
Corregedor: *José Renato Nalini*
Data do Parecer: 31.07.2013
Data da Decisão: 01.08.2013

COMENTÁRIO

Trata-se de parecer em recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de r. sentença proferida que determinou o cancelamento e a exclusão da averbação de arrolamento de bens na nova matrícula aberta, cujo ato foi praticado a pedido da Receita Federal do Brasil e decidiu pela impossibilidade de transporte de averbação de arrolamento fiscal de bens para nova matrícula, aberta em decorrência de fusão matricial, uma vez que este não possui natureza jurídica de ônus.

O MM. Juiz Assessor da Corregedoria e autor do parecer, Gustavo Henrique Bretas Marzagão, entendeu que a decisão proferida não merece reforma, uma vez que o arrolamento fiscal de bens não tem natureza jurídica de ônus, não se incluindo na previsão do art. 230, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e não impedindo que o contribuinte exerça seus direitos inerentes à propriedade dos bens arrolados, mas condicionando a oneração, a alienação e a transferência destes bens à notificação do órgão fazendário, sob pena de incidência de medida cautelar fiscal em face do sujeito passivo, conforme art. 64, § 3.º, da Lei 9.532/1997. Observou, ainda, que a venda do imóvel arrolado foi sucedida da comunicação prevista na legislação que regulamenta o arrolamento fiscal de bens, tanto pelo alienante, quanto pelo Registro de Imóveis. A partir desta comunicação, entendendo necessário, o Fisco poderá adotar as medidas que reputar cabíveis para defesa de seus direitos. Além

disso, o MM. Juiz Assessor da Corregedoria concluiu que o transporte do arrolamento pretendido pelo recorrente para a nova matrícula, aberta em nome do novo titular dominial, não se justifica, eis que ausente o pressuposto previsto no art. 230 da Lei 6.015/1973.

Pelas razões expostas, o relator proferiu seu parecer no sentido de negar provimento ao recurso, o qual foi aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça, Des. José Renato Nalini.

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).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

O Ministério Público do Estado de São Paulo recorre contra a r. decisão de f. que determinou o cancelamento e a exclusão da averbação 01, da matrícula 126.742, do 1º. Registro de Imóveis de Santo André, em que consta o arrolamento de bens a pedido da Receita Federal do Brasil.

Contrarrazões às f.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Opino.

A decisão recorrida não merece reforma, a despeito dos r. fundamentos do recorrente e da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

O art. 230 da Lei 6.015/1973, ao cuidar da abertura de matrícula, diz que:

“Se na certidão constar ônus, o oficial fará a matrícula, e, logo em seguida ao registro, averbará a existência do ônus, sua natureza e valor, certificando o fato no título que devolver à parte, o que o correrá, também, quando o ônus estiver lançado no próprio cartório. (Incluído pela Lei 6.216, de 1975).”

O dispositivo legal refere-se a “ônus” constante do registro anterior que deverá ser inseridos na matrícula nova.

Ocorre que o arrolamento de bens não tem natureza jurídica de ônus pois, conforme a jurisprudência colacionada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, não impede que o contribuinte exerça seus direitos inerentes à propriedade dos bens arrolados, mas apenas condiciona a oneração, a alienação e a transferência destes bens à notificação do órgão fazendário, sob pena de incidência de medida cautelar fiscal em face do sujeito passivo.¹

A jurisprudência do STJ diz que:

“O arrolamento fiscal não implica em qualquer gravame ou restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do contribuinte, mas apenas, por meio

1. TJSP, AgIn 024817-51.2009.8.26.0000.

de registro nos órgãos competentes, resguarda a Fazenda contra interesses de terceiros, assegurando a satisfação de seus créditos” (REsp 689.472/SE, Min. Luiz Fux, DJ 13.11.2006).²

Também o TJSP vem entendendo desta forma.³

A própria Lei 9.532/1997, que regulamenta o arrolamento fiscal, prevê expressamente a possibilidade de alienação do bem arrolado, impondo ao proprietário apenas o dever comunicar ao Fisco:

“Art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

(...)

§ 3.º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.”

No caso dos autos, a então titular de domínio EMS S.A. vendeu à recorrida ACS Tucumã Empreendimentos Imobiliários Ltda. dois imóveis, sendo que um deles, o de matrícula 56.976, estava arrolado na forma do art. 64 da Lei 9.532/97 (Av. 10 – f.).

A venda foi sucedida da comunicação prevista no § 3.º do art. 64, que foi feita tanto pelo Registro de Imóveis quanto pelo alienante (f.).

A partir da comunicação do § 3.º, o Fisco, se entender necessário, pode adotar as medidas que reputar cabíveis em defesa de seus direitos.

Contudo, o transporte do arrolamento pretendido pelo recorrente para a nova matrícula aberta (em virtude da fusão das matrículas n. 124.233 e 56.976) em nome de novo titular de domínio não se justifica porque ausente o pressuposto previsto no art. 230 da Lei 6.015/1973.

Posto isso, o parecer que respeitosa e submisso submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

Sub censura.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

Gustavo Henrique Bretas Marzagão, Juiz Assessor da Corregedoria

-
2. No mesmo sentido, ainda: MC 14.977, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 09.12.2008; REsp 726.339/SC, Min. Mauro Campbell Marques, DJ 05.10.2009; e REsp 1.118.331/RS, Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10.12.2009.
 3. TJSP: ApCiv 9080560-29.2007.8.26.0000, AgIn 0267430-68.2012.8.26.0000, AgIn 0009892-79.2013.8.26.0000, Ap 0252558-53.2009.8.26.0000.

Processo 2013/55856 – Santo André – Ministério Público do Estado de São Paulo – Parte: ACS Tucumã Empreendimentos Imobiliários Ltda. – advogados: Fabricio Barreto de Mattos, OAB-SP XXX.XXX e Marina Gebara de Grande Di Sessa, OAB-SP XXX.XXX.

DECISÃO: Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

São Paulo, 1.º de agosto de 2013.

(a) JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça.

(DJe 09.08.2013)

DECISÕES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – Processo 0000936-65.2013.8.26.0100 – 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo – j. 15.07.2013 – Juiz de Direito Josué Modesto Passos – *DJe* 30.07.2013 – Área do Direito: Processual; Imobiliário e Registral.

INTIMAÇÃO – Solidariedade passiva – Execução extrajudicial – Garantia fiduciária sobre imóvel – Dívida solidária que dispensa a notificação de todos os responsáveis pelo débito – Ato dirigido apenas contra os devedores fiduciantes que é válido – Inteligência do art. 26 da Lei 9.514/1997.

Veja também Jurisprudência

- RT 794/321 e RePro 73/211.

Veja também Doutrina

- Alienação fiduciária de bens imóveis, de Cândido Rangel Dinamarco (*RDI* 51/235), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 787; e
- Alienação fiduciária em garantia, de José Geraldo de Jacobina Rabello (*RT* 693/77), *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, organizada por Gustavo José Mendes Tepedino e Luiz Edson Fachin, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 339.

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – Garantia fiduciária sobre imóvel – Mora – Credor que apresenta demonstrativo de débito sem projeção de encargos para o futuro – Hipótese que implica renúncia aos montantes que se poderiam acrescer no período para a purgação da mora.

1.ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo.
Processo: 0000936-65.2013.8.26.0100 – Dívida.
Suscitante: 14.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital/SP.

Ementa: Registro de imóveis – Pedido de providências – Procedimento administrativo para execução de garantia fiduciária sobre imóvel (Lei 9.514/1997, arts. 26 e 27) – procedimento concernente a averbação (Lei 9.514/1997, art. 26, § 7.º) – Havendo solidariedade passiva, como há, é necessária somente a intimação dos devedores fiduciantes (e não de todos os demais devedores, incluindo os mutuários e garantidores pessoais) – Se o credor fiduciário apresenta demonstrativo de débito sem projetar encargos futuros, entende-se que abriu mão deles e preferiu não exigí-los – Determinação para que se prossiga no procedimento administrativo de execução da garantia fiduciária.

COMENTÁRIO

Trata-se de pedido de providências, tendo em vista a qualificação negativa de pedido de execução de alienação fiduciária em garantia, uma vez que, conforme exigência do Oficial Registrador, o credor fiduciário não intimou todos os devedores solidários, tornando nulo o procedimento de execução, nem forneceu planilha com previsão dos valores devidos com os juros de 60 a 90 dias para o futuro, tampouco fez constá-la da intimação judicial, o que é indispensável para que o Registro de Imóveis possa receber o valor da purgação da mora. Ademais, o credor fiduciário informou, extemporaneamente, que aceitaria receber os valores do principal sem os juros, tornando-a ineficaz. Por sua vez, o credor fiduciário argumentou que uma das devedoras não é fiduciante, sendo desnecessária sua intimação e que o valor devido na data da propositura da ação de intimação, é suficiente para a purgação da mora, isentando o Registro de Imóveis de qualquer responsabilidade.

Ao julgar o caso, o MM. Juiz de Direito Josué Modesto Passos, preliminarmente, observou que o procedimento não é de dúvida, mas de pedido de providências, tendo em vista que, o que se busca com a tal medida é a averbação da consolidação do domínio, se não for purgada a mora. Além disso, no que diz respeito à intimação dos devedores, entendeu que, sendo aplicado o art. 26 da Lei 9.514/1997, o art. 275 do CC e os itens 302 a 312 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, não faltou nenhuma intimação exigida pela lei, já que o credor fiduciário poderia ter notificado para o pagamento apenas os devedores fiduciantes. Portanto, não tem lugar a primeira exigência formulada pelo Oficial Registrador, no sentido de que devem ser intimados todos os devedores (mutuários, garantidores pessoais e devedores fiduciantes). Em relação aos valores, o relator entendeu que o requerimento inicial do procedimento administrativo e a intimação final apontaram um valor único, sem previsão de encargos futuros, de modo que prevalece o entendimento de que o credor abriu mão dos montantes que poderiam ser acrescidos no período para a purgação da mora. Ademais, afirmou que, se o Oficial Registrador tinha ressalva a fazer a este respeito, deveria tê-la feito desde logo e não meses depois, quando se ultimaram as notificações. Assim, não assiste razão ao Oficial Registrador, no que diz respeito à segunda exigência.

Posto isto, o MM. Juiz de Direito determinou a correção do procedimento de dúvida para pedido de providências e, ao Oficial Registrador, para que prosseguisse nos autos do procedimento administrativo de execução da garantia fiduciária requerido pelo credor, concluindo não serem cabíveis as exigências formuladas.

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).

Vistos.

1. O 14.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo (14.º RISP) suscitou dúvida (f.) a pedido de Banco Safra S.A. (f.).

1.1. Sob n. 573.383, em 30.05.2011 (f.) fora prenotado um pedido de execução de alienação fiduciária em garantia concernente aos imóveis das matrículas 125.302, 125.327 e 125.349 (f.).

1.2. O credor fiduciário é o suscitado Banco Safra.

Os devedores fiduciários são JKL Administração de Bens e Participações Ltda. (mat. 125.302 R. 3, f.), e Paulo Gaspar Lemos e sua mulher Cecília Ana Lemos (mat. 125.327 R. 2., f.; mat. 125.349 R. 2, f.).

A dívida garantida tem como devedores solidários JKL Administração de Bens e Participações Ltda., Paulo Gaspar Lemos e sua mulher Cecília Ana Lemos, GPV Veículos e Peças Ltda., e Venice Veículos e Peças Ltda.

1.3. Porém:

“(a) Inadimplida a dívida, o credor fiduciário e suscitado Banco Safra teriam promovido, em Juízo, a intimação de todos os credores solidários, salvo de GPV Veículos e Peças (f.), e a falta dessa intimação faz nulo o procedimento de execução; e

(b) O credor fiduciário não forneceu planilha com previsão dos valores devidos com os juros de 60 a 90 dias para o futuro (prazo suficiente para que haja informação sobre o montante a pagar no prazo de quinze dias depois da última intimação), o que é indispensável para que o ofício do registro de imóveis possa receber o valor da purgação da mora; essa planilha tampouco constara das intimações judiciais, que, portanto, são nulas; ademais, o credor fiduciário informou apenas posteriormente que aceitaria receber os valores do principal sem os juros, afirmação que, por extemporânea, é ineficaz”.

1.4. A dívida foi instruída com documentos (f.).

2. O suscitado impugnou (f.), reiterando o que já alegara ao requerer a suscitação (f.).

2.1. Segundo o suscitado:

“(a) A devedora GPV Veículos e Peças não é fiduciante (Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, art. 26, *caput* e § 1.º) e, portanto, a sua intimação é desnecessária; e

(b) Fora mencionado (f.) o valor devido na data da propositura da ação de intimação, suficiente para a purgação da mora, como o próprio suscitado veio a ressaltar, para isentar o ofício do registro de imóveis de qualquer responsabilidade.

2.2. A suscitada apresentou procuração *ad iudicia* (f.)”.

3. O Ministério Público opinou (f.) pela procedência da dúvida.

4. É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

5. Do ponto de vista exclusivamente formal, o procedimento executivo extrajudicial posto na Lei 9.514/1997, arts. 26 e 27, se destina a obter uma averbação, isto é, a averbação da consolidação do domínio, se não for purgada a mora (art. 27, § 6.º, *verbis* “o oficial (...) promoverá a averbação”); portanto, este processo tem de correr como pedido de providências, e não dúvida.

6. Havendo *mora debitoris*, mora de pagar (CC/2002, arts. 394 a 401), e estando a dívida garantida por alienação fiduciária de imóvel, quem tem de ser intimado para pagar?

6.1. A esse respeito, a Lei 9.514/1997, art. 26, diz apenas o seguinte (grifou-se):

“Art. 26. Vencida se não paga, no todo ou em parte, a dívida e *constituído em mora o fiduciante*, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1.º Para os fins do disposto neste artigo, o *fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado*, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 3.º A *intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído*, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4.º Quando o *fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido*, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária”.

6.2. As Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça – NSCGJ, tomo II, cap. XX, complementam (grifou-se):

“302. Do requerimento do credor fiduciário dirigido ao Oficial do Registro de Imóveis devem constar as seguintes informações: *a) número do CPF e nome do devedor fiduciante (e de seu cônjuge, se for casado em regime de bens que exija a intimação)*, dispensada a indicação de outros dados qualificativos (...).

312. *Cuidando-se de vários devedores, ou cessionários, inclusive cônjuges, necessária a promoção da intimação individual e pessoal de todos eles.*

312.1. Na hipótese de falecimento do *devedor*, a intimação será feita ao inventariante, devendo ser apresentadas cópias autênticas da certidão de óbito e do ter-

mo de compromisso de inventariante, ou certidão passada pelo ofício judicial ou tabelião de notas.

312.1.1. Não tendo havido abertura de inventário, serão intimados todos os *herdeiros e legatários do devedor*, os quais serão indicados pelo credor fiduciário.

Neste caso, serão apresentadas cópias autênticas da certidão de óbito e do testamento, quando houver, ou declaração de inexistência de testamento, emitida pelo Registro Central de Testamentos On-Line RCTO.

312.2. As intimações de pessoas jurídicas serão feitas aos seus representantes legais, indicados pelo credor fiduciário.

312.3. Quando o *devedor* não for encontrado nos endereços indicados pelo credor, tentativa de intimação deverá ser feita no endereço do imóvel dado em garantia.

312.4. Quando o *devedor, seu representante legal, ou procurador* se encontrar em local incerto ou não sabido, o Oficial incumbido da intimação certificará o fato, e o Oficial do Registro de Imóveis promoverá intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de Comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

Legislação citada

- arts. 264, 275, *caput* e parágrafo único, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 e 401 do CC/2002; art. 872 do CPC; e arts. 26, §§ 1.º, 3.º, 4.º e 7.º, e 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997.

312.5. Na hipótese de o *devedor, seu representante legal, ou procurador* se ocultar de forma a não permitir a intimação, o Oficial do Registro de Imóveis certificará essa circunstância, a fim de que o credor fiduciário promova a intimação pela via judicial. O procedimento extrajudicial será mantido aberto por 60 (sessenta) dias, findos os quais, se não houver manifestação do credor fiduciário, será arquivado.

312.6. A intimação judicial deverá conter os requisitos do item 308.

312.6.1. Os autos de intimação judicial, entregues à parte na forma do art. 872 do CPC, serão juntados aos autos do procedimento em curso no Registro de Imóveis para fins de controle da purgação da mora.

312.6.2. No caso de não localização ou de ocultação do *devedor*, a publicação de editais e controle da purgação da mora dependerá de haver constado na certidão do Oficial de Justiça, na notificação judicial, que o intimando foi procurado nos endereços fornecidos pelo credor fiduciário e no do próprio imóvel objeto da alienação fiduciária”.

6.3. O modelo sobre o qual se construíram tais regras é claro: “um mútuo garantido por uma alienação fiduciária, com identidade entre o(s) mutuante(s) e credor(es) fiduciário(s), de um lado, e entre o(s) mutuário(s) e o(s) devedor(es) fiduciante(s), de outro”.

7. O problema destes autos está em que, como se viu (item 1.2; cf. também f.), no polo passivo do mútuo e da alienação fiduciária *não* estão as mesmas pessoas.

Quid inde? Quem deve ser intimado na execução extrajudicial (Lei 9.514/1997, arts. 26 e 27): todos os devedores *i. e.*, todos os mutuários (e garantidores pessoais) e todos os fiduciários, como pretende o 14.º RISP; ou somente os fiduciários, como pretende o suscitado?

7.1. A resposta tem de buscar-se nas regras gerais do direito civil para as dívidas com solidariedade passiva (CC/2002, art. 264) que há, *in casu* (f., item 14 e 339; f., item 12).

7.2. Ora, segundo as regras da solidariedade passiva, o credor (= o suscitado Banco Safra) podia exigir e receber a dívida comum de qualquer dos devedores, parcial ou totalmente (CC/2002, art. 275, *caput*), sem que o exercício de seu direito de ação (no sentido material, *i. e.*, seja em processo jurisdicional, seja administrativamente) importe renúncia da solidariedade (CC/2002, art. 275, parágrafo único).

Logo, o suscitado Banco Safra podia ter notificado para pagamento apenas os devedores fiduciários (= JKL Administração de Bens e Participações Ltda., e Paulo Gaspar Lemos e sua mulher Cecília Ana Lemos) para que, executando a garantia fiduciária, fosse satisfeita a dívida comum. Dentro da relação jurídica real (que, por força da alienação fiduciária em garantia, estabeleceu-se apenas entre o suscitado e dos ditos devedores fiduciários) não faltou nenhuma intimação exigida pela Lei 9.514/1997, art. 26, ou pelas NSCGJ, II, XX, itens 302 e 312.

8. Dessa forma, não tem lugar a primeira exigência posta pelo 14.º RISP a intimação de todos os devedores (mutuários e garantidores pessoais, e devedores fiduciários cf. item 1.3, letra *a*, *supra*, e f., item 2).

8.1. É bem verdade que constata-se a f. o suscitado pedira, também, a intimação de GPV Veículos e Peças; nem por isso, contudo, o insucesso final das tentativas dessa intimação significa que o procedimento executivo não possa ser levado a cabo.

9. Que valor deve ser intimado ao devedor fiduciário em mora, para que possa purgá-la?

9.1. A esse respeito a Lei 9.514/1997, art. 26, § 1.º, determina que (grifou-se):

Para os fins do disposto neste artigo, o *fiduciário*, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, *será intimado*, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, *a satisfazer*, no prazo de quinze dias, *a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.*

9.2. As NSCGJ, II, XX, complementam (grifou-se):

“302. Do requerimento do credor fiduciário dirigido ao Oficial do Registro de Imóveis devem constar as seguintes informações: (...) e) *demonstrativo do débito e*

projeção de valores para pagamento da dívida, ou do valor total a ser pago pelo fiduciante por períodos de vencimento (...).

308. Deverá o Oficial de Registro de Imóveis expedir intimação a ser cumprida em cada um dos endereços fornecidos pelo credor fiduciário, da qual constarão: b) o demonstrativo do débito decorrente das prestações vencidas e não pagas e das que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos e as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, bem como a projeção da dívida, em valores atualizados, para purgação da mora (...).

9.3. No caso dos autos, o requerimento inicial do procedimento administrativo (f.) e a intimação final (f.) apontaram um valor único, sem previsão de encargos para o futuro, de modo que só se podia entender que o suscitado abriu mão dos montantes que se poderiam acrescer no período para a purgação da mora: afinal, esse direito é disponível, e a situação dos devedores fiduciantes não se agravou em nada, pelo contrário.

9.4. Note-se ainda que o ofício do registro de imóveis, se tinha ressalva a fazer a respeito, havia de tê-la feito desde logo (quinze dias, na redação então vigente das NSCGJ, II, XX, item 32, segundo o Prov. CGJ 32/1997), e não meses depois (f.), quando se ultimaram as notificações”.

10. Portanto, também não pode ser mantida a outra exigência (item 1.3, letra b, *supra*, e f., item 1) posta pelo ofício do registro de imóveis.

11. Do exposto:

“(a) corrija-se a autuação e anote-se que este procedimento é pedido de providências, e não dúvida; e

(b) determino ao 14.º Ofício do Registro de Imóveis de São Paulo (prenotação 573.383) que prossiga nos autos do procedimento administrativo de execução da garantia fiduciária requerido por Banco Safra S. A.; para tanto, fica autorizado, desde logo, o desentranhamento dos autos do procedimento administrativo, com substituição por cópia”.

Não há custas, despesas processuais nem honorários advocatícios.

Desta sentença cabe recurso administrativo, com efeito suspensivo, em quinze dias, para a E. Corregedoria Geral da Justiça (Cód. Judiciário de São Paulo, art. 246).

Esta sentença vale como mandado (Portaria conjunta 01/2008).

Oportunamente, arquivem-se estes autos, se não for requerido nada mais.

P. R. I.

São Paulo, 15 de julho de 2013 – JOSUÉ MODESTO PASSOS, Juiz de Direito.
(DJe 30.07.2013)

TJSP – Processo 0046806-41.2010.8.26.0100 – Decisão – 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo – j. 03.09.2013 – Juiz de Direito Guilherme Stamillo Santarelli Zuliani – DJe 17.09.2013 – Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral.

USUCAPIÃO – Imóvel situado em área de proteção ambiental e com área inferior ao mínimo exigido por lei estadual – Admissibilidade – Preenchimento dos requisitos legais para a aquisição do bem – Tutela ambiental-urbanística que, embora relevante, não elimina o direito constitucional de usucapir – Inteligência do art. 183 da CF/1988.

Veja também Jurisprudência

- *RTSul* 1/225.

Veja também Doutrina

- Prescrição aquisitiva e extintiva no direito ambiental imobiliário, de Guilherme José Purvin de Figueiredo (RDA 49/142), *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 1133.

1.ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo.

Processo: 0046806-41.2010.8.26.0100 – Usucapião.

Requerente: Hildete Pereira de Souza.

[Tipo completo da parte passiva principal]: [Nome da parte passiva principal].

Ementa do Editorial: Ação de usucapião extraordinária. Pedido que recai sobre imóvel situado em área de proteção ambiental e com área inferior ao mínimo exigido por lei estadual.

Modo de aquisição originária de propriedade que não admite interpretação jurídica restritiva aplicável aos negócios jurídicos. Dessa forma, a exigência contida na Lei estadual 1.172/1976, quanto à área mínima exigida, não alcança a sentença proferida na ação de usucapião.

Pretensa aquisição de imóvel em área de proteção ambiental, ademais, que não viola a função social da propriedade, ainda mais porque o bem serve de moradia familiar.

Comprovação de dois requisitos fundamentais: tempo e posse, consoante o art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002.

Demonstração satisfatória da posse ad usucapionem, por tempo maior que o previsto em lei.

Tratando-se de usucapião, afastam-se os limites impostos pela lei estadual, para se admitir interpretação compatível com o art. 183 da CF/1988.

Procedência do pedido para declarar o domínio dos autores sobre o imóvel usucapiendo.

COMENTÁRIO

Trata-se de ação de usucapião extraordinária, onde a autora alega, em síntese, que está na posse mansa e pacífica do imóvel, por si, há mais de 10 anos, ininterruptamente e pleiteou a procedência do pedido, com fundamento nas disposições do Código Civil. A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contestação, alegando que o imóvel que a autora pretende adquirir não pode ser usucapido à luz da legislação ambiental e urbanística, uma vez que possui área inferior ao mínimo exigido pela Lei estadual 1.172/1976.

Ao analisar o caso, o MM. Juiz de Direito Guilherme Stamillo Santarelli Zuliani afirmou que o pedido é precedente, sendo cabível ao caso o julgamento imediato da lide, sem a necessidade da oitiva de testemunhas, pois os elementos colhidos nos autos são suficientes para a formação da convicção do juízo, de acordo com o art. 400, I e II, do CPC. Além disso, entendeu que a autora demonstrou de forma satisfatória que está na posse do imóvel por mais de 20 anos, de forma tranquila e com *animus domini*, sem oposição que qualquer confinante ou titular dominial, superando o período necessário para a aquisição do imóvel através da usucapião extraordinária, prevista no art. 1.238, parágrafo único, do CC. Quanto às razões apresentadas pela Fazenda do Estado de São Paulo, o MM. Juiz de Direito entendeu que a usucapião, por ser modo originário de aquisição da propriedade, não admite interpretação jurídica aplicável aos negócios jurídicos. Portanto, a norma estadual que prevê as restrições apontadas pelo Estado de São Paulo não tem força suficiente para alcançar a sentença proferida na ação de usucapião. Afirmou que a intenção manifestada pela autora em adquirir imóvel inserido em área de proteção ambiental não constitui fato violador da função social da propriedade, até porque o bem serve de moradia familiar e que o prescribente possui o dever legal de atuar ativamente para garantir o aproveitamento da coisa e a funcionalidade que foi negada pelo proprietário e titular tabular. Por fim, destacou que a tutela ambiental-urbanística, por mais relevante que seja, não elimina direitos constitucionais de igual importância e que em sede de usucapião, os limites trazidos pela legislação estadual são afastados para admitir interpretação compatível com o art. 183 da CF, sob pena de comprometimento da eficácia da modalidade especial regulamentada pelo art. 1.240 do CC.

Ante o exposto, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido para declarar o domínio da autora sobre o imóvel *usucapiendo*, determinando-se a abertura de matrícula de acordo com o memorial descritivo apresentado e com fundamento nos arts. 225 e 226 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

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).

Vistos.

Hildete Pereira de Souza, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação de usucapião extraordinária referente ao imóvel localizado na Rua Agatino de Esparta, n. 95-A, Chácara da Enseada, Jardim Ângela, nesta Capital, com suporte na transcrição n. 8.490 do 11.º RI, de titularidade tabular em nome de José Macedo e Maria Mendes Macedo.

Alega, em síntese, que está na posse mansa e pacífica do referido bem, por si, há mais de 10 anos, ininterruptamente. A parte autora pleiteou a procedência do pedido, com fundamento nas disposições do Código Civil.

Lauda técnico juntado às f.

Foram determinadas as citações e notificações necessárias (f.).

A União e a Municipalidade de São Paulo não manifestaram interesse (f.).

O Estado de São Paulo apresentou contestação (f.).

Foi publicado edital para fins citação (f.).

Foi apresentada contestação por curador especial (f.).

É o relatório. Decido.

O pedido é procedente.

Cabível, no caso, o julgamento imediato, sendo desnecessária a oitiva de testemunhas, tendo em vista que os elementos colhidos nos autos são suficientes para a formação da convicção deste juízo, conforme preceitua o art. 400, I e II, do CPC.

Cuida-se, a referida demanda, de usucapião, sendo suficiente a comprovação de dois requisitos fundamentais: tempo e posse, segundo inteligência do art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002.

Quanto às qualidades da posse para usucapir, nos termos do mesmo dispositivo legal, basta que esta seja *ad usucapionem*, isto é, mansa, pacífica, pública, ininterrupta e em cujo exercício se observe o *animus domini*.

A parte autora demonstrou, de forma satisfatória, que está na posse do imóvel por mais de vinte anos, com *animus domini* e de forma tranquila, sem oposição de qualquer dos confinantes ou titulares do domínio. Nesse sentido, os documentos acostados aos autos do processo exteriorizam a referida posse.

Em resumo: a posse da parte autora (para fins de moradia), contada do início do exercício até o ajuizamento da ação, supera o período necessário para a aquisição do domínio pela usucapião extraordinária prevista no art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002.

A Fazenda do Estado de São Paulo ingressou na ação de usucapião para apresentar contestação (f.), sob a alegação de que o imóvel pretendido pelos autores não

Legislação citada

- arts. 22, I, e 183 da CF/1988; arts. 1.228, § 1.º, 1.238, parágrafo único, e 1.240 do CC/2002; arts. 269, I, e 400, I e II, do CPC; arts. 225 e 226 da Lei 6.015/1973; e art. 4.º da Lei 6.766/1979.

pode ser usucapido à luz da legislação ambiental e urbanística, pois possui área inferior ao mínimo exigido pela Lei estadual 1.172/1976.

É preciso respeitar os limites da regra legal que estabelece os pressupostos da prescrição aquisitiva, o que autoriza o afastamento da resistência apresentada pela Fazenda Estadual, *data vênia*.

Com efeito, a usucapião, como modo de aquisição originária da propriedade, não admite interpretação jurídica restritiva aplicável aos negócios jurídicos. Assim, a norma estadual que prevê restrições para o loteamento, aquisição ou alienação de imóvel urbano localizado em região de interesse ambiental não tem força suficiente para alcançar a sentença proferida na ação de usucapião.

Sobre a natureza originária da prescrição aquisitiva e sua consumação quando do término do lapso temporal previsto na legislação, independentemente da atuação do proprietário, vale lembrar a lição de Pontes de Miranda, para quem: “não se adquire, pela usucapião, de ‘alguém’”. Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não pode mais subsistir, suplantado por aquele” (*Tratado de direito privado*, vol. XI, p. 117, Rio de Janeiro).

Apesar do enfoque ambiental, a questão fundamental trazida na peça de combate está pacificada na jurisprudência. Sobre a admissibilidade da aquisição de bem com tamanho inferior ao previsto na legislação estadual ou municipal, é oportuno transcrever trecho do acórdão conduzido pelo voto do eminente desembargador Donegá Morandini:

“A discussão gira em torno da possibilidade de usucapião de área de 175,00 m², inferior ao módulo urbano previsto no Plano Diretor do Município de Atibaia, o qual estipula dimensionamento mínimo de 250,00 m², nos termos da LC municipal 642, de 20.01.2012 (f.).

Embora se reconheça a existência de regulamentação da matéria pelo município, a previsão federal da usucapião, segundo o art. 1.238 do CC/2002, não dispõe sobre o mínimo da área a ser usucapida, tratando-se de norma que, hierarquicamente, prevalece sobre aquela prevista no âmbito municipal, inclusive porque “compete privativamente à União legislar sobre direito civil” (art. 22, I, da CF/1988). Se não bastasse, a pretensão dos autores encontra guarida na Lei de Parcelamento do Solo (Lei 6.766/1979), que estabelece o módulo mínimo de área como sendo 125 m², permitida a redução em edificações de conjuntos habitacionais de interesse social (art. 4.º).

Nesse contexto, não se pode obstar eventual reconhecimento da propriedade, o qual implicaria, em tese, em negativa da posse afirmada pelos autores. Na linha do ponderado pela Procuradoria de Justiça, “a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade e a ação de usucapião é declaratória, já que a propriedade

Jurisprudência citada

- TJSP: Ap 0000281-89.2012.8.26.0048.

já existe e a usucapião apenas a declara” (TJSP; Ap 0000281-89.2012.8.26.0048; Ac. 6485620; Atibaia; 3.^a Câm. de Direito Privado; rel. Des. Donegá Morandini; j. 05.02.2013; DJESP 10.04.2013).

Ademais, a intenção manifestada pela parte autora em adquirir bem inserido em área de proteção ambiental – não constitui fato violador da função social, até porque a coisa serve de moradia familiar. O art. 1.196 define o possuidor como aquele que “tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Tais poderes devem ser, contudo, exercidos em consonância com suas finalidades econômicas e sociais (art. 1.228, § 1.º, do CC/2002), sob pena de esvaziar o aspecto qualitativo da posse *ad usucapionem*. Em outras palavras, o prescribente possui o dever legal de atuar ativamente para garantir o aproveitamento da coisa e a funcionalidade que fora negada pelo proprietário e titular tabular, independentemente do tamanho do imóvel *usucapiendo*.

A tutela ambiental-urbanística, por mais relevante que seja, não elimina direitos constitucionais de igual importância. Em sede de usucapião, os limites trazidos pela Lei estadual são afastados para admitir interpretação compatível com art. 183 da CF/1988, sob pena de comprometer a eficácia da modalidade especial de regulamentada pelo art. 1.240 do CC/2002.

Ademais, cumpre registrar que a presente controvérsia não tem relevância suficiente para firmar o interesse fundado da Fazenda Estadual e, conseqüentemente, impor a remessa dos autos ao Juízo fazendário.

Finalmente, registre-se que a contestação trazida pelo curador especial não compromete nenhum dos requisitos, já apresentados, para a aquisição de imóvel por usucapião.

Ante o exposto, *julgo procedente* o pedido para declarar o domínio dos autores sobre o imóvel usucapiendo, determinando-se a abertura de matrícula em conformidade com o memorial descritivo (f.), com fundamento no art. 225 e 226 da Lei 6.015/1973.

Outrossim, *julgo extinto* o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Nos termos da Portaria Conjunta 01/2008 das Varas de Registros Públicos da Capital, esta sentença servirá como mandado para registro, sendo desnecessária a expedição de novos documentos.

Arbitro os honorários do curador especial em 100% do valor previsto na tabela expedida pela Defensoria Pública. Transitada em julgado, expeça-se certidão.

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.C.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

Guilherme Stamillo Santarelli Zuliani, Juiz de Direito.

(DJe 17.09.2013).



Índice Alfabético- Remissivo



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

- Adquirente – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos – *Marcos Mello Ferreira Pinto* – p. 141
- Anteprojeto de Lei de Melhim Namem Chalhub – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Ato normativo – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Autonomia do direito registral imobiliário (Da) – *Luciano Lopes Passarelli* – p. 15
- Competência – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Consciência humana – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Contratos – Vide: Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis.
- Cópias de segurança – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Credor fiduciário – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.

C

- Certidão acautelatória – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Código de Defesa do Consumidor – Vide: Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis.
- Colégio Notarial do Brasil – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).

D

- Destituição – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Digitalização – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Direito à privacidade – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A).
- Direito à reserva da intimidade da vida privada – Vide: Publicidade registral

- versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A).
- Direito administrativo – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito agrário – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito ambiental – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito civil – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito comparado – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A); e Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O).
- Direito constitucional – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito de acesso à informação – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A).
- Direito do registo da propriedade – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito econômico – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito financeiro – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito hipotecário – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito imobiliário – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito internacional privado – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito notarial – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito penal – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito privado – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito processual – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito público – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito real – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Direito real de habitação – Cônjuge supérstite – Herdeiros que pretendem a dissolução do condomínio pela alienação do imóvel – Inadmissibilidade – Bem que servia de residência ao casal – Direito da viúva que se reconhece, ainda que concorram filhos exclusivos do *de cuius* – Inteligência do art. 1.831 do CC/2002 (STJ) – p. 384
- Direito registral – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito registral imobiliário – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito tributário – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Direito urbanístico – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Doação – Registo de imóveis – Loteador que concede viela particular a município, sem anuência do adquirente de lote atingido – Inadmissibilidade – Alteração do loteamento registrado que exige aceite do confrontante afetado – Inteligência do art. 28 da Lei 6.766/1979 (TJSP/CSM) – p. 409
- Documento eletrônico – Vide: Registo de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Dúvida inversa – *Izaías Gomes Ferro Júnior* – p. 277

E

Efeitos substantivos do registo – Vide: Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O).

- Estatuto da Propriedade Imobiliária Privada – Vide: Autonomia do direito registral imobiliário (Da).
- Execução extrajudicial – Garantia fiduciária sobre imóvel – Mora – Credor que apresenta demonstrativo de débito sem projeção de encargos para o futuro – Hipótese que implica renúncia aos montantes que se poderiam acrescer no período para a purgação da mora (TJSP/Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo) – p. 425
- Intimação – Solidariedade passiva – Garantia fiduciária sobre imóvel – Dívida solidária que dispensa a notificação de todos os responsáveis pelo débito – Ato dirigido apenas contra os devedores fiduciantes que é válido – Inteligência do art. 26 da Lei 9.514/1997 (TJSP/Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo) – p. 425
- F**
- Foro extrajudicial – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Função social do contrato – Vide: Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis.
- Incorporação – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis – *Melhim Namem Chalhub* – p. 167
- Informação ambiental – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Instituição financeira – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Intimação – Solidariedade passiva – Execução extrajudicial – Garantia fiduciária sobre imóvel – Dívida solidária que dispensa a notificação de todos os responsáveis pelo débito – Ato dirigido apenas contra os devedores fiduciantes que é válido – Inteligência do art. 26 da Lei 9.514/1997 (TJSP/Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo) – p. 425
- Inventário – Partilha – Viúva que pretende dispor de sua meação em favor dos herdeiros, por termo nos autos do arrolamento de bens – Inadmissibilidade – Hipótese que não se confunde com renúncia à herança, configurando verdadeira doação – Ato de disposição patrimonial *inter vivos* que deve ser concretizado por meio de escritura pública – Inteligência dos arts. 108 e 541 do CC/2002 (STJ) – p. 403

I

- Imóvel rural – Registro de imóveis – Usucapão – Identificação georreferenciada da propriedade mediante apresentação de memorial descritivo – Admissibilidade – Individualização exata do bem que é imprescindível à efetivação registral – Observância ao princípio da especialidade que se impõe – Inteligência do art. 225, *caput* e § 3.º, da Lei 6.015/1973 (STJ) – p. 379

M

- Mediação jurídica – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A).
- Medicina imobiliária – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.

Microfilme – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.

N

Norma jurídica – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.

Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça – Vide: Dúvida inversa.

Normas estaduais e federais – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.

O

Objeto do pedido – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).

Obrigação de fazer – Outorga de escritura pública definitiva de imóvel – Inadmissibilidade – Pretensão que recai sobre residência construída em área verde de propriedade de município – Mera concessão de permissão de uso do bem que não legitima o pleito – Extinção do feito que se impõe – Inteligência dos arts. 267, VI, e 295, I, do CC/2002 (TJRS) – p. 417

Oponibilidade – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.

P

Panoptismo – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.

Parcelamento do solo – Vide: Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis.

Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339) – Sérgio Jacomino – p. 289

Partilha – Inventário – Viúva que pretende dispor de sua meação em favor dos herdeiros, por termo nos autos do arrolamento de bens – Inadmissibilidade – Hipótese que não se confunde com renúncia à herança, configurando verdadeira doação – Ato de disposição patrimonial *inter vivos* que deve ser concretizado por meio de escritura pública – Inteligência dos arts. 108 e 541 do CC/2002 (STJ) – p. 403

– União estável – Presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes – Inadmissibilidade – Bens adquiridos anteriormente à vigência da Lei 9.278/1996 – Propriedade do bem que é disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição – Observância ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito que se impõe – Inteligência da Súmula 380 do STF (STJ) – p. 327

Patrimônio de afetação – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos; e Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis.

Prenotação do título – Vide: Dúvida inversa.

Princípio da legitimação registral – Vide: Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registro – A perspectiva de uma portuguesa (O).

Princípio da publicidade registral – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A).

Princípios registrais – Vide: Dúvida inversa.

Privacidade – Vide: Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A); e Registro de Imóveis Eletrônico

- nico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.
- Projeto Jarbas Lima – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Projeto Ruy Côdo – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Promitente comprador – Vide: Alienação fiduciária de imóvel objeto de incorporação – Validade jurídica e requisitos.
- Propriedade imobiliária – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Publicidade ambiental – Vide: Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Publicidade registral – Vide: Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O); e Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental.
- Publicidade registral *versus* a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil (A) – *Jéverson Luís Bottega* – p. 97
- afetado – Inteligência do art. 28 da Lei 6.766/1979 (TJSP/CSM) – p. 429
- Inscrição de desmembramento – Inadmissibilidade – Certidão de distribuição cível que comprova a existência de diversas ações pessoais em curso contra o anterior proprietário do lote – Ausência de prova da solvabilidade do loteador que impossibilita a aprovação do parcelamento – Inteligência do art. 18, IV, *b*, da Lei 6.766/1979 (TJSP/CSM) – p. 412
- Usucapião – Imóvel rural – Identificação georreferenciada da propriedade mediante apresentação de memorial descritivo – Admissibilidade – Individualização exata do bem que é imprescindível à efetivação registral – Observância ao princípio da especialidade que se impõe – Inteligência do art. 225, *caput* e § 3.º, da Lei 6.015/1973 (STJ) – p. 379
- Vide também: Dúvida inversa.
- Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental – *Alexandre Augusto de Paiva Barreiros* – p. 201
- Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão – *Sérgio Jacomino* – p. 75
- Reserva de prioridade – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).

R

- Registro de imóveis – Arrolamento de bens previsto no art. 64, da Lei 9.532/1997, que não caracteriza ônus – Transporte para a nova matrícula aberta em virtude de fusão de outras duas em nome de novo titular de domínio indevido – Recurso não provido (CGJSP) – p. 421
- Doação – Loteador que concede viela particular a município, sem anuência do adquirente de lote atingido – Inadmissibilidade – Alteração do loteamento registrado que exige aceite do confrontante

S

- Sistema argentino – Vide: Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339).
- Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O) – *Mônica Jardim* – p. 221

Softwares – Vide: Registro de Imóveis Eletrônico – Recomendação CNJ 9/2013 em discussão.

T

Terras devolutas – Vide: Dúvida inversa.

Titular registral – Vide: Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O).

U

União estável – Partilha – Presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes – Inadmissibilidade – Bens adquiridos anteriormente à vigência da Lei 9.278/1996 – Propriedade do bem que é disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição – Observância ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito que

se impõe – Inteligência da Súmula 380 do STF (STJ) – p. 327

Usucapião – Imóvel situado em área de proteção ambiental e com área inferior ao mínimo exigido por lei estadual – Admissibilidade – Preenchimento dos requisitos legais para a aquisição do bem – Tutela ambiental-urbanística que, embora relevante, não elimina o direito constitucional de usucapir – Inteligência do art. 183 da CF/1988 (TJSP/Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo) – p. 432

– Registro de imóveis – Imóvel rural – Identificação georreferenciada da propriedade mediante apresentação de memorial descritivo – Admissibilidade – Individualização exata do bem que é imprescindível à efetivação registral – Observância ao princípio da especialidade que se impõe – Inteligência do art. 225, *caput* e § 3.º, da Lei 6.015/1973 (STJ) – p. 379

Usucapião contratabular – Vide: Sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registo – A perspectiva de uma portuguesa (O).

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 Edito-

rial, 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 *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDF. 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.

