



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

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

Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

ABAIXO O SEU CÓDIGO DE ACESSO:



THOMSON REUTERS



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 78 • jan.-jun. / 2015

COORDENAÇÃO EDITORIAL

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

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

MEMBROS NATOS

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

CONSELHO FISCAL

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

CONSELHO DE ÉTICA

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

ISSN 1413-4543

REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 78 • jan.-jun. / 2015

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

Publicação Oficial do

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 78 • jan.-jun. / 2015

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

Diagramação eletrônica: TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29.

Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

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

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



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Responsável

MARISA HARMS

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

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

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

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais

aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site

www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [04-2015]

Professional

Fechamento desta edição: [31.03.2015]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



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

Editorial – editorial@ibr.org.br

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

Vice-Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)

Secretário-Geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

1.º Secretário: Ary José de Lima (SP)

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

1.º Tesoureiro: Sérgio Busso (SP)

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

CONSELHO DELIBERATIVO

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

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 78 • jan.-jun. / 2015

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza e Bruna Schlindwein Zeni

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

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

Analistas de Qualidade Editorial: Cíntia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos e Victor Bonifácio

Equipe de Jurisprudência

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

SUMÁRIO

DOCTRINA

A Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? <i>Has the law 13.097/15 adopted the public faith of registration principle?</i> MARINHO DEMBINSKI KERN.....	15
A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos <i>Rental of garages and areas for the parking of vehicles</i> SAMUEL BELLUCO SILVEIRA SANTOS.....	59
A transferência de imóveis à sociedade <i>The real estate transference to society</i> FLÁVIO CASSEL JÚNIOR.....	85
A usucapião tabular <i>The aquisitive prescription</i> EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO.....	105
<i>Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012</i> <i>The Built to Suit Agreement in light of its Peculiarities and the Law no. 12.744/2012</i> CAMILA RAMOS MOREIRA.....	125
Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas <i>Notes on public deeds in the Manoeline Ordinances</i> LUIZ RODRIGO LEMMI	151
O direito real de superfície no direito brasileiro <i>The Surface Right Under the Brazilian Law</i> CELSO LUIZ SIMÕES FILHO	171
O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil <i>The real state registry system and prevention of real estate frauds in Brazil</i> PATRICIA ANDRÉ DE CAMARGO FERRAZ.....	225
Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis <i>Tax supervision by Registrars of Property</i> SERGIO ÁVILA DORIA MARTINS	239

DOCTRINA INTERNACIONAL

- O registo electrónico – Vantagens e desvantagens
The electronic registration – Advantages and disadvantages
 MADALENA TEIXEIRA 259

TRABALHOS FORENSES

- Arrecadação de imóvel urbano abandonado
Abandoned urban property collection
 MILTON PARDO FILHO E ANNA PAULA GROSSI..... 269

PARECERES

- Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem
 imóvel – Parecer
 EVERALDO AUGUSTO CAMBLER..... 277

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- LOCAÇÃO – Fiança – Nulidade – Ausência de outorga uxória – Validade de ga-
 rantia prestada durante união estável sem a outorga do outro companheiro.
 Comentário por FÁBIO PINHEIRO GAZZI: *Escritura pública de união estável*
e a aplicabilidade da Súmula 332 do STJ 301

- UNIÃO ESTÁVEL – Alienação de bem imóvel adquirido na constância da convi-
 vência, sem o consentimento do companheiro.
 Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *Outorga*
uxória: é válida a alienação sem anuência de companheiro à
terceiro de boa-fé se não houver publicidade da união estável 323

- MORA – Alienação fiduciária – Purgação após a consolidação da propriedade
 imóvel em nome do credor fiduciário.
 Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *Alienação*
fiduciária: é possível a purga da mora na alienação fiduciária
quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário e
anteriormente à assinatura do auto de arrematação..... 334

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

- REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação – Recusa de registro de escritura pú-
 blica de expropriação administrativa de imóvel rural, devido à sobra de área
 remanescente em área inferior à mínima legal.
 Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *Desapropriação*
amigável: aquisição deve ser considerada como forma originária..... 344

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de compra e venda levada a registro por menor absolutamente incapaz, representado apenas pelo pai. Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: <i>Compra e venda: registro de compra e venda onde menor incapaz adquire imóvel, com origem desconhecida de recursos, depende de alvará judicial e representação de ambos os pais</i>	349
REGISTRO DE IMÓVEIS – Loteamento urbano – Pretensa destinação urbana a imóvel originalmente campestre. Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: <i>Parcelamento do solo urbano: pretendido o parcelamento de imóvel rural para fins urbanos, é imprescindível a alteração da destinação do imóvel perante o Incra</i>	361
REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda – Registro de escritura de negócio jurídico no qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador. Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: <i>Registro de Imóveis: Compra e venda formalizada por escritura pública que tem como representante do vendedor o próprio comprador é eivada de nulidade relativa</i>	364
REGISTRO DE IMÓVEIS – Alteração de propriedade de unidade autônoma – Ausência de apresentação de certidões negativas de dívidas tributárias e previdenciárias federais. Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: <i>Certidões negativas de débitos: é facultado ao Oficial Registrador, na qualificação do título, formular ou não a exigência</i>	370
ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO	377
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA	381

Doutrina

A LEI 13.097/2015 ADOTOU O PRINCÍPIO DA FÉ PÚBLICA REGISTRAL?

HAS THE LAW 13.097/15 ADOPTED THE PUBLIC FAITH OF REGISTRATION PRINCIPLE?

MARINHO DEMBINSKI KERN

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

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo versa sobre a adoção do princípio da fé pública registral pelo direito brasileiro. Inicialmente, são estudados os conceitos básicos sobre o Registro de Imóveis, o princípio da presunção e o princípio da fé pública registral do direito espanhol. Com relação ao tema central, são examinadas as inovações legislativas, bem como é verificado se essas inovações correspondem à adoção do princípio da fé pública registral pelo direito brasileiro. Então, são verificadas as espécies de proteção registral, os seus requisitos, suas exceções e a regra de transição. Para efetivar tais análises, procede-se ao exame dos posicionamentos doutrinários brasileiros e espanhóis atinentes à matéria em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Princípios imobiliários – Princípio da presunção – Princípio da fé pública registral – Proteção de terceiros.

ABSTRACT: This paper is about the adoption of the public faith of registration principle by the Brazilian law. Initially, it is studied the basic concepts of Land Registry, the presumption principle and the public faith of registration principle in the Spanish law. Concerning to the central object of this paper, it is examined the legal innovations, and it is verified if these innovations correspond to the adoption of the public faith of registration principle by the Brazilian law. Then, it is verified the species of the protection of the registration, its requirements, its exceptions and the rule of transition. To accomplish these analysis, it is proceeded the examination of the Brazilian and Spanish doctrine lessons about the subject of this paper.

KEYWORDS: Land Registry – Real estate principles – Presumption principle – Public faith of registration principle – Protection of outsiders.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fé pública registral: 2.1 Registro de Imóveis; 2.2 Princípio da presunção; 2.3 Princípio da fé pública registral; 2.4 A adoção da fé pública registral pelo direito brasileiro: 2.4.1 A Lei 13.097/2015 introduziu o princípio da fé pública registral no direito brasileiro?; 2.4.2 Princípio da fé pública registral geral: 2.4.2.1 Noção conceitual; 2.4.2.2 A posição de terceiro hipotecário; 2.4.2.3 A boa-fé do terceiro hipotecário; 2.4.2.4 Aquisição por negócio jurídico; 2.4.2.5 Inexistência registral; 2.4.2.6 Haver adquirido do titular segundo o registro imobiliário; 2.4.2.7 Haver o terceiro registrado o seu título; 2.4.2.8 Exceções à proteção da fé pública registral; 2.4.2.9 Período de transição; 2.4.3 Princípio da fé pública registral especial – 3. Considerações finais – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da fé pública registral, que protege o terceiro adquirente que confiou nas informações do registro, em detrimento do verdadeiro titular segundo a realidade jurídica extrarregistral, é um postulado clássico do direito espanhol, responsável por gerar maior segurança jurídica no tráfego imobiliário.

Sempre foi opinião dominante que o sistema registral brasileiro não contava com esta proteção, de modo que o verdadeiro titular do direito sempre poderia reivindicá-lo, o que prejudica a segurança do comércio jurídico. Não obstante, os autores brasileiros que estudavam o sistema espanhol, ou até mesmo o sistema alemão, que também conta com esse princípio, sempre ressaltaram a conveniência e a necessidade de se adotá-lo.

Com a edição da MedProv 656/2014, convertida na Lei 13.097/2015, surgiram, no direito brasileiro, preceitos (arts. 10 e 11 da MedProv 656/2014; arts. 54 e 55 da Lei 13.097/2015) capazes de gerar efeitos semelhantes aos da fé pública registral.

Em razão da atualidade da questão – as modificações legislativas são do fim de 2014 e do começo de 2015 –, bem como da sua importância para a proteção do tráfego imobiliário, foi empreendido o presente estudo, com a finalidade de examinar as recentes alterações normativas, para se averiguar se o direito brasileiro adotou o princípio da fé pública registral, bem como quais os seus desdobramentos.

2. FÉ PÚBLICA REGISTRAL

2.1 *Registro de Imóveis*

O Registro de Imóveis “é o ofício público, em que se dá publicidade a atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem” (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 249).

Para fins de direitos reais, é muito importante que haja esse sistema publicitário, uma vez que os direitos reais, por sua ampla eficácia *erga omnes* exigem a divulgação, para que as *aparências* não enganem – nem sempre aquele que está na posse de um imóvel é seu proprietário, ou detém um direito real sobre ele. Ora, se todos têm o dever de respeitar o direito real, abstendo-se de molestar seu titular, é conveniente, na verdade, imprescindível, um sistema publicitário capaz de garantir a quem pertencem o imóvel e os direitos sobre ele constituídos, ao qual qualquer interessado possa ter acesso por meio de certidões.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Como ensina Orlando Gomes:

“A importância econômica e social atribuída aos bens imóveis, por um lado, e a possibilidade de sua individualização, pelo outro, determinaram, dentre outras razões, a organização de um regime para a transferência da propriedade dos imóveis, que, tornando-a *pública*, proporciona maior segurança à circulação da riqueza imobiliária” (GOMES, 2008, p. 164).

Conquanto não se restrinja apenas aos direitos e atos relativos a imóveis, sem dúvida, a principal atribuição (e a mais importante) do Registro de Imóveis está relacionada com os imóveis e os direitos reais que sobre eles se constituem, criam, transmitem e extinguem.

Toda a sistemática registral da Lei 6.015/1973, no que concerne aos imóveis, gira em torno da “matrícula”, a qual corresponde a uma ficha (a Lei abre a possibilidade ao uso de livros, porém, na prática, predominam as fichas pela praticidade e pela maior facilidade de se manterem agrupados todos os atos relativos àquele imóvel), na qual é lançado primeiramente os dados descritivos do imóvel (área, medidas, confrontações e características), os dados do proprietário à época da abertura da matrícula, o número do registro anterior (outra matrícula ou transcrição) e os dados do cadastro fiscal do imóvel. Posteriormente, nesta ficha, que corresponde ao histórico do imóvel, vão sendo lançados sucessivamente os atos que versam sobre o imóvel (registros ou, para aqueles que o preferam, inscrições, e as averbações).

As mutações jurídico-reais e também as físicas pelas quais passa o imóvel são inseridas nessa ficha. Assim, por exemplo, se registra a venda do imóvel (mutação jurídica do domínio), se registra o usufruto (constituição de direito real), se averba o cancelamento da hipoteca (extinção de direito real), se averba a construção de um prédio sobre o terreno (mutação física). Os atos registráveis e averbáveis estão previstos no rol do art. 167 da Lei 6.015/1973.

O art. 172 da Lei 6.015/1973 traduz uma ideia geral da atribuição dos Registros Imobiliários, ao dispor que “no Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘inter vivos’ ou ‘mortis causa’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

De um modo geral, os atos a serem registrados no Registro de Imóveis geram assentos de natureza constitutiva, pois, sem a inscrição correspondente, não se cria o direito pretendido por meio do negócio ou ato jurídico.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

É expressão dessa função o disposto nos arts. 1.227¹ e 1.245,² *caput*, do CC/2002.

Nem todos os registros são de efeitos constitutivos, de modo que, em alguns casos, a propriedade ou direito se adquire em outro momento, anterior do ponto de vista lógico, tendo o registro meramente a finalidade de declarar esta situação, publicizando-a e garantindo a disponibilidade do seu titular.

Sobre o tema, Sarmiento Filho fala de três espécies de publicidade imobiliária: (a) publicidade-notícia, casos em que o registro serve para informar fatos e atos para a sociedade sem produzir uma eficácia especial (SARMENTO FILHO, 2013, p. 51); (b) publicidade declarativa, casos em que o registro publiciza direitos já constituídos, conferindo-lhes um *plus*, na medida em que é condição para transmissão do bem (SARMENTO FILHO, 2013, p. 52); e (c) publicidade constitutiva, casos em que o registro é essencial para que se constitua o direito (SARMENTO FILHO, 2013, p. 55).

Como visto, o registro publiciza situações jurídico-reais, sendo que, na maioria dos casos, tem efeitos constitutivos. Por isso mesmo, o registro é um dos *modos* de aquisição da propriedade imóvel (e também dos direitos reais). Porém, ao registro precede logicamente um negócio jurídico entabulado entre as partes (ou outro ato jurídico que a lei repute suficiente à geração de efeitos reais, translativos, constitutivos ou extintivos), o qual se consubstancia normalmente em um título, aqui entendido em seu aspecto formal, como o suporte que veicula o negócio ou ato jurídico.³

É esse título que se apresenta ao Registro de Imóveis e com base nele se realiza o assento registral. Assim, no sistema jurídico brasileiro, o registro é ato jurídico causal, “porque está sempre vinculado ao título translaticio originário, e somente opera a transferência da propriedade dentro das forças, e sob condição da validade formal e material do título” (PEREIRA, 2012, p. 103).

Justamente em razão de sua natureza de ato causal, vinculado ao título que lhe deu origem, é que o registro pode eventualmente padecer de vícios, que não de-

1. “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”
2. “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”
3. “Note-se que o negócio em si ou o ato jurídico capaz de provocar a mutação jurídico-real, ao ser registrado, é reconhecido como título em sentido material, ao passo que o documento que o consubstancia é o título em sentido formal.”

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

correm do processo de registro em si, mas de defeitos do próprio negócio jurídico encartado no título. Portanto, eventual nulidade (entendida em sentido amplo) de que padecer o título pode gerar sua anulação (entendida em sentido amplo) e, por consequência, a do registro correspondente.

Afrânio de Carvalho, explicando que o registro, embora constitutivo, não tem efeito saneador de eventuais nulidades do título que lhe dá amparo, bem como que, sendo relativa a presunção de veracidade das informações registrais (CARVALHO, 1998, p. 225-226), ressalta que:

“Diante dessa contingência, cumpre interpor entre o título e a inscrição um mecanismo que assegure, tanto quanto possível, a correspondência entre a titularidade presuntiva e a titularidade verdadeira, entre a situação registral e a situação jurídica, a bem da estabilidade dos negócios imobiliários. Esse mecanismo há de funcionar como um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompam a malha da lei, quer porque o disponente careça da faculdade de dispor, quer porque a disposição esteja carregada de vícios ostensivos” (CARVALHO, 1998, p. 226).

Então, o autor arremata dizendo que “o exame prévio da legalidade dos títulos é que visa a estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (CARVALHO, 1998, p. 226).

Essa operação prévia ao registro do título é denominada qualificação registral, sendo nela examinada a viabilidade da inscrição pretendida, por meio do exame da correção do título frente aos princípios registrários formais (especialidade, continuidade, disponibilidade etc.) e frente às exigências da legislação civil e registral.

Ricardo Dip, com muita precisão e em conceito clássico, define a qualificação registral como “o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistro” (DIP, 2005, p. 168).

Nesse aspecto, é um juízo (“operação formalmente intelectual que une ou separa os conceitos, tornados em relação às coisas mesmas que representam de modo reflexivo e abstrativo”), mas não um simples juízo, e sim um juízo prudencial, por que: (a) calcado no uso da razão prática; (b) “se ordena a operações humanas contingentes singulares”; e (c) importa o império da atuação, não se resumindo ao conselho ou simples juízo (DIP, 2005, p. 168).

Em essência, a qualificação é essa operação da razão prática, visando examinar a legalidade de um título, em um primeiro momento, e a determinar uma atuação, de correspondência com o resultado da verificação levada a cabo.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Desta sorte, qualificado positivamente o título, isto é, reconhecido que satisfaz às exigências legais, impõe-se efetivar a inscrição pedida; qualificado negativamente (ou, desqualificado), por apresentar alguma espécie de falha, impõe-se recusar a inscrição. A recusa é manifestada por meio de uma nota devolutiva escrita que aponta os pontos a serem corrigidos, bem como os fundamentos para a recusa, cabendo ao interessado providenciar o cumprimento das exigências ou, não se conformando ou não as podendo satisfazer, requerer a suscitação de dúvida (procedimento de cunho administrativo que permite a revisão por parte do Juiz competente da correção da qualificação operada pelo Oficial de Registro de Imóveis), conforme determina o art. 198 da Lei 6.015/1973.

No entanto, ainda que adotado o princípio da legalidade e procedida à prévia qualificação registral, não se elide por completo a possibilidade de inexatidões no Registro, isto é, descompasso entre a realidade jurídica extratabular e as informações registrais. É que, como diz Tartièrre, ao demonstrar a importância da regra da não convalidação das nulidades pela inscrição, o registrador não goza de ilimitados poderes de investigação sobre o conteúdo e a legalidade dos documentos apresentados, podendo controlar os aspectos relativos à conexão com os assentos tabulares e as nulidades que se evidenciem diretamente do título, mas não tendo condições de perceber eventuais vícios que não são possíveis de extrair do exame do documento, como dolo, coação e erro (TARTIÈRE, 2009, p. 107).

Nesse aspecto, o sistema se volta, ao máximo, para impedir que títulos viciados logrem acesso à inscrição predial, porém não se elimina por completo às hipóteses em que títulos nulos ou anuláveis obtenham o registro. Assim, há a possibilidade de que um título viciado seja anulado e, por consequência, o assento correspondente, bem como os posteriores que dele dependam.

Em síntese, o Registro de Imóveis é um sistema de publicidade, do gênero Registro Público, que visa à segura aquisição, constituição, modificação e extinção de direitos reais imobiliários, o qual concentra o histórico de atos sobre cada imóvel determinado, permitindo a terceiros o conhecimento destes atos, por meio de certidões.⁴ A segurança dos atos nele registrados se ampara na existência do princípio da legalidade, que obriga o Oficial a qualificar os títulos, donde resultará o império de seu registro (se qualificados positivamente) ou de sua irregistracão (se qualificados negativamente). Não obstante,

4. O art. 17 da Lei 6.015/1973 garante o amplo direito de certidão a qualquer pessoa, que não precisa declinar ao Oficial por qual motivo a deseje.

considerando que o juízo qualificatório não é irrestrito e não transborda do documento apresentado, permanece a possibilidade, minorada, de que títulos viciados acessem o Registro predial, os quais se expõem à anulação, com a consequente invalidação do próprio registro.

2.2 *Princípio da presunção*

A sistemática registral brasileira, desde a edição do Código Civil de 1916, que, no seu art. 859, o adotou expressamente, passou a contar com o princípio da presunção, referido por alguns doutrinadores como princípio da legitimação registral (denominação que deriva da forma como o princípio é conhecido no direito registrário espanhol).

Por esse princípio, que tem a extensão condizente com a do próprio registro, presume-se pertencer o direito real ou a propriedade àquele em cujo nome esta ou aquele esteja inscrito. Como ensina Loureiro, “presume-se a validade daquilo que consta do registro” (LOUREIRO, 2010, p. 230).

Como explica Afrânio de Carvalho, “a presunção significa que a sinalização feita pelo registro, seja da aquisição, seja do cancelamento, prevalece pró e contra quem for por ela atingido, enquanto não for produzida prova contrária. Se foi fixada a aquisição do direito, prevalece em favor do titular inscrito; se foi fixado o cancelamento do direito, prevalece contra o titular inscrito” (CARVALHO, 1998, p. 162).

O princípio atualmente está previsto no art. 1.245 do CC/2002, que dispõe:

“Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1.º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2.º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

A redação desse dispositivo constitui alteração à redação do preceito equivalente no Código Civil de 1916 (art. 859), que dispunha que “Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu”. Nada obstante ter havido alteração na redação, que atualmente só faz referência ao domínio, o entendimento é de que a presunção continua a se aplicar a todos os direitos reais inscritos (ORLANDI NETO, 2004, p. 127-128).

Essencialmente, esse princípio possibilita que a pessoa em cujo nome o direito está inscrito o invoque, sem a necessidade de produção de outras pro-

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

vas, além da que resulta da própria inscrição (CARVALHO, 1998, p. 162). Nesta sistemática, basta apresentar a certidão do Registro de Imóveis para se considerar provado o direito real, o que representa enorme vantagem sobre o sistema anterior ao Código Civil de 1916, em que era necessário exibir todos os títulos de transmissão de propriedade que cobrissem o período exigido para a consumação do usucapião ordinário, sendo que essa prova incumbia a quem alegava o direito (ORLANDI NETO, 1997, p. 71).

A doutrina reconhece, em geral,⁵ que a presunção gerada pelos assentos registrais possui a natureza relativa, de modo que pode ser infirmada por prova em contrário. Por todos, mencionamos: Loureiro (2010, p. 230-231), Orlandi Neto (1997, p. 70-71) e Melo (2010, p. 232).

Como bem lembra Melo (2010, p. 232), a relatividade da presunção no direito brasileiro tem exceção: o Registro Torrens, que é um regime especial previsto para os imóveis rurais, cuja inscrição depende de procedimento especial de conformidade com o art. 277 e ss. da Lei 6.015/1973, com citação dos confrontantes, publicação de editais e prolação de sentença e que gera a presunção *absoluta*.

Nos termos em que reconhecida, a presunção é um princípio que não possui efeitos materiais, limitando seu campo de atuação ao direito processual, regulando, na verdade, o ônus da prova (CARVALHO, 1998, p. 162).

Dado o caráter relativo da presunção decorrente do registro, permite a Lei (art. 1.247 do CC/2002⁶ e art. 212 da Lei 6.015/1973⁷) que o interessado busque a retificação do assento inexato. A retificação do direito inscrito pode visar tanto os vícios ocorridos na formação do título (retificação *reflexa*, que atinge

5. Não se desconhece ter havido grandes discussões acerca da natureza da presunção registral no direito brasileiro, porém, uma vez assentado o prevailecimento da posição de que a presunção é relativa, não convém, nos estreitos limites deste trabalho, rememorá-la.
6. “Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.
Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.”
7. “Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.
Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada.”

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

diretamente o título e reflexamente o registro), como os vícios ocorridos na inscrição (retificação *direta*, que ataca diretamente o assento registral) (CARVALHO, 1998, p. 166).

Em um como noutro caso, por trás está a inexatidão do registro, que pode assumir as seguintes formas: “(a) inscrição de *direito inexistente*; (b) omissão de *direito existente*; (c) cancelamento indevido de *direito existente*; (d) erro de menção do conteúdo de um direito” (CARVALHO, 1998, p. 167).

No particular, é mister lembrar, com apoio na lição de Orlandi Neto, que os eventuais vícios permanecem na cadeia filiatória dos títulos e são capazes de prejudicar terceiros; assim é que uma nulidade ocorrida há muitos anos pode repercutir e atingir todos os títulos que lhe são subsequentes, gerando seu cancelamento (ORLANDI NETO, 1997, p. 71-72).

Em síntese, vige no direito brasileiro o princípio da presunção de validade/veracidade dos direitos inscritos, todavia esse princípio, ensejador de uma presunção relativa (*juris tantum*), não possui o condão de sanear eventuais nulidades, nem de amparar terceiros que, confiando no Registro, adquiram direitos sobre o imóvel.

O princípio representa, é certo, enormes vantagens de cunho processual, por acarretar a inversão do ônus da prova, bem como de cunho prático, simplificando a prova da propriedade ou de outro direito real (basta apresentar a certidão do Registro Imobiliário), mas não transborda sua proteção para o campo do direito material, de molde a proteger o terceiro, em benefício do tráfico imobiliário.

2.3 Princípio da fé pública registral

O princípio da fé pública registral é um dos grandes pilares do direito registral espanhol e é muito estudado na doutrina registral deste país. Por conta disso, bem como da similitude entre a sistemática registral espanhola no geral e a brasileira, partimos do estudo do paradigma da fé pública registral tal qual formulada no direito espanhol.

Angel Cristóbal Montes introduz a matéria, contextualizando a necessidade e a utilidade do princípio da fé pública registral, dizendo que:

“Como já se assinalou em numerosas ocasiões, a instituição do registro da propriedade ou registro imobiliário encontra sua fundamentação ou justificativa na ideia de conseguir segurança e proteção no tráfico jurídico imobiliário, metas que só é possível alcançar dotando aquela de eficácia suficiente para dar plena efetividade e segurança às transmissões que se realizem em seu amparo.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

(...)

A presunção legitimadora que se acaba de comentar [o autor se refere ao princípio da legitimação registral, estudado no item anterior de sua obra] é suficiente para garantir por si só o comércio de imóveis e o crédito hipotecário. Sendo uma mera presunção *juris tantum*, coloca o adquirente na perigosa situação de que, por uma eventual impugnação e comprovação de inexatidão registral, fique sem efeito sua aquisição. Mas, em virtude do princípio da fé pública registral, o conteúdo do registro reputa-se sempre exato em benefício de terceiro que adquira nas condições previstas por lei, o qual, portanto, fica completamente seguro de sua aquisição nos termos que o registro manifesta. E, em consequência, o que antes era apenas uma simples titularidade aparente reforçada por uma presunção *juris tantum*, converte-se agora em uma titularidade real e efetiva, fortalecida por uma presunção *juris et de jure*” (MONTES, 2005, p. 270).

Melo explica que o referido princípio encontra seu fundamento no art. 34 da Lei Hipotecária, dando o seguinte conceito:

“(...) aquele princípio conforme o qual a lei presume exato o conteúdo dos livros do Registro de Imóveis, ainda que seus assentos não correspondam com a realidade jurídica extrarregistral, protegendo os terceiros adquirentes por negócio jurídico com boa-fé, que por haver confiado em referido conteúdo registral e sempre que preencham os requisitos exigidos na legislação hipotecária, não se verão prejudicados, ainda que depois se anule ou se resolva o título motivador de sua aquisição” (MELO, 2007, p. 71).

Jardim, por sua vez, conceitua a ação do princípio da fé pública registral da seguinte forma:

“A exactidão que se reconhece ao Registo implica que o terceiro que adquirira 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 registrais o respectivo assento seja inexacto” (JARDIM, 2013, p. 250).

Assim, para esse terceiro o direito que resulta do registro, na sua extensão e conteúdo, é exato, verdadeiro, ainda que não o seja na realidade fática (extratabular), de modo que a aquisição do terceiro não pode ser atacada por causas que não constem exclusivamente do registro (JARDIM, 2013, p. 250).

Roca Sastre define o princípio da fé pública registral como aquele em razão do qual, para fins de segurança jurídica no tráfico imobiliário, o conteúdo do Registro se considera exato em benefício do terceiro que adquire nas circuns-

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

tâncias determinadas pela lei, o qual pode estar seguro de sua aquisição nos termos expressos pelo Registro (ROCA SASTRE, 1948, p. 348).

Este autor esclarece que o princípio da fé pública registral se encontra previsto, essencialmente, nos arts. 32 e 34 da Lei Hipotecária espanhola: (a) o art. 34 garante a aquisição a *non domino* do terceiro em caso de anulação ou resolução do título de seu outorgante, gerando uma presunção ou ficção de exatidão do registro; e (b) o art. 32 assegura que títulos de domínio ou de direitos reais, não inscritos no Registro, não afetarão o terceiro adquirente, nem limitarão seus direitos, gerando uma presunção de integridade do Registro (ROCA SASTRE, 1948, p. 352-353). A eficácia prevista no art. 32 é o sentido negativo do princípio da fé pública registral (presunção negativa de veracidade), ao passo que a eficácia do art. 34 é o sentido positivo do mesmo princípio (presunção positiva de veracidade) (MONTES, 2005, p. 271).

Nesse contexto, o princípio da fé pública registral gera uma presunção absoluta (*iuris et de iure*), em favor do terceiro, de que o Registro é exato e completo, de sorte que ações, direitos, fatos, títulos e atos anteriores à aquisição, não constantes do Registro por inscrição, anotação preventiva, nota marginal, cancelamento, condição transcrita ou causa registrada, serão tidos por inexistentes e não lhe poderão prejudicar (ROCA SASTRE, 1948, p. 355).

O princípio da fé pública tem seu âmbito de ação sobre a *existência, titularidade e extensão* dos direitos reais inscritos, mas não abrange dados registrais de fato, nem os relativos ao estado civil e os direitos pessoais obrigacionais (ROCA SASTRE, 1948, p. 355). O âmbito de incidência da fé pública registral é estritamente jurídico, não abrangendo, portanto, os dados materiais ou físicos referentes ao direito real, tais como a existência e as características físicas do imóvel (ROCA SASTRE, 1948, p. 356).

Estão excluídas da incidência da fé pública registral as limitações legais ou estatutárias ao direito real, assim como as servidões aparentes que recaiam sobre o imóvel logo atingem o terceiro, que não pode se valer do princípio para se defender, ainda que elas não estejam registradas (ROCA SASTRE, 1948, p. 361).

O princípio da fé pública registral protege as aquisições imobiliárias, não favorecendo nem protegendo credores (por direito obrigacional) do titular inscrito ou aqueles que cumprem prestação em favor deste confiando nas informações tabulares (ROCA SASTRE, 1948, p. 369).

Examinando o dito art. 34 da Lei Hipotecária espanhola, Melo elenca quatro requisitos/condições de incidência do princípio da fé pública registral: (a) confiança na aparência registral, que se expressa como uma espécie de boa-fé objetiva, que resultaria diretamente daquilo que consta dos assentos registrais, isto é,

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

seria um ficção de veracidade das informações registrais (com relação ao terceiro de boa-fé considera-se exato o que consta do registro, mesmo que, na realidade extrarregistral, não o seja), de modo que a boa-fé subjetiva do adquirente, não obstante tenha sua importância, não seria um dos elementos chave do princípio (MELO, 2007, p. 72); (b) ineficácia do negócio jurídico precedente ao do terceiro, consistente na nulidade ou resolução de efeitos reais, abrangendo nulidades absolutas, relativas e também falsidades (MELO, 2007, p. 72-73); (c) inexatidão registral com relação ao registro anterior ao da aquisição do terceiro (MELO, 2007, p. 73); e (d) aquisição imobiliária a *non domino*, a qual é consequência justamente na nulidade ou resolução do título do alienante (MELO, 2007, p. 73).

Mónica Jardim também elenca os requisitos necessários para a aplicação do princípio da fé pública registral: (a) a aquisição do terceiro se dê por meio de um negócio jurídico em si e por si válido, uma vez que a inscrição não tem o condão de sanar nulidades (JARDIM, 2013, p. 253); (b) haja boa-fé do terceiro, verificada no momento do acordo de vontades, a qual ordinariamente se presume, e é elidida se o terceiro tiver o conhecimento *pleno* da situação real não inscrita ou indevidamente inscrita, sendo que, havendo assento no Registro de cunho negativo que evidencie a contestação do direito inscrito, a boa-fé do terceiro é afastada (JARDIM, 2013, p. 253-255); (c) a aquisição deve ter sido a título oneroso, de modo que os adquirentes a título gratuito não possuem maior proteção que o alienante (JARDIM, 2013, p. 255); (d) a aquisição deve ter sido da pessoa que figurava no Registro com a faculdade de dispor do direito transmitido, sendo que o alienante já deve ter o seu direito inscrito quando da transmissão, uma vez que é nesse momento que se aprecia a boa-fé do terceiro (JARDIM, 2013, p. 256); (e) o terceiro deve obter a inscrição registral em seu favor, isto é, registrar o título de sua aquisição (JARDIM, 2013, p. 256).

São requisitos, segundo Roca Sastre, para que um terceiro goze da proteção da fé pública registral: (a) haver adquirido de boa-fé, entendida esta como o desconhecimento da existência de possível inexatidão registral (ROCA SASTRE, 1948, p. 421); (b) haver adquirido a título oneroso – é mister que haja um *negócio jurídico*, o que exclui as aquisições decorrentes da lei ou de declarações judiciais ou administrativas, e que ele seja *oneroso* (isto é, bilateral, envolvendo prestações e contraprestações), o que exclui os negócios gratuitos, como doações, heranças e legados (ROCA SASTRE, 1948, p. 422); (c) haver adquirido do titular segundo o que consta do Registro (ROCA SASTRE, 1948, p. 424); e (d) haver registrado o seu título (ROCA SASTRE, 1948, p. 426).

Chico y Ortiz, Cabaleiro e Hernandez (1966, p. 29) salientam os mesmos quatro requisitos ressaltados por Roca Sastre para que haja a incidência do princípio da fé pública registral e o terceiro adquirente seja protegido.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Como ensina Montes, “operada a proteção registral em favor de um determinado terceiro adquirente, todo adquirente posterior, embora o seja a título lucrativo, aproveita-se também de tal proteção” (MONTES, 2005, p. 273).

A proteção da fé pública atua independentemente de ter havido *efetiva* consulta aos assentos tabulares, presumindo a lei que o adquirente conhecia as informações tabulares e negociou com base nelas (MONTES, 2005, p. 274).

Existem algumas exceções ao princípio da fé pública registral decorrentes da legislação espanhola, a qual, em alguns casos, prevê um prazo, após o registro da aquisição do terceiro, no qual não tem aplicação o dito princípio, tais como os casos de *inmatriculacion* (procedimento no qual se obtém a primeira matrícula e inscrição do imóvel no Registro de Imóveis), sucessão *causa mortis*, duplicidade de matrícula, entre outros, conforme Melo (2007, p. 74-75) e Jardim (2013, p. 259).

Importante destacar que o princípio da fé pública registral não tem a eficácia saneadora de convalidar as nulidades dos negócios e atos jurídicos. As nulidades existem e continuam a existir, ocorre apenas que não é possível opô-las ao terceiro de boa-fé que adquiriu o imóvel a título oneroso e o registrou (MELO, 2007, p. 73-74). O referido princípio assegura a aquisição do terceiro que se apoie no conteúdo jurídico do Registro, garantindo a existência, titularidade e extensão do direito registrado e a inexistência do direito cancelado, sem, contudo, estender seus efeitos para convalidar ou expurgar eventuais vícios do título aquisitivo do terceiro (ROCA SASTRE, 1948, p. 371-372).

Terra esclarece que, nesse particular, das nulidades, deve-se distinguir as duas espécies de relações: a entre o proprietário e os que com ele contratam, e a entre o proprietário e terceiros, sendo que, entre os contratantes, vale a ideia de que o registro vige até prova em contrário e que ninguém pode transferir mais direitos do que tem, ao passo que a respeito de terceiros vige a proteção da fé pública registral (TERRA, 1990, p. 44).

Em essência, o princípio da fé pública registral, que tem seu âmbito de atuação restrito aos negócios jurídicos onerosos, de acordo com o art. 34 da Lei Hipotecária espanhola, corresponderia a uma proteção legal ao terceiro de boa-fé, que adquire um imóvel onerosamente, confiando nas informações registrares, o qual não terá seu direito atingido por eventuais vícios provenientes da aquisição do alienante que lhe alienou o imóvel, de sorte que essas nulidades/vícios, não obstante existam e não sejam apagadas, se tornam inoponíveis.

Nesse particular, o princípio da fé pública registral cria uma espécie de abstração, a exemplo do que ocorre no direito cambiário, em que não se pode opor ao terceiro adquirente do título as exceções pessoais que o devedor tenha

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

contra os antecessores do portador. A situação demanda, evidentemente e a exemplo da situação do direito cambiário, que tenha havido circulação do bem e sua ideia é justamente proteger esse tráfego, com excelentes vantagens para a economia.

Nesse norte, ao passo que o princípio da presunção se limita a gerar efeitos processuais, o princípio da fé pública registral expande seus efeitos para a seara do direito material, impedindo que eventuais defeitos de ato jurídico/inscrição precedente à sua atinjam o negócio por ele celebrado, ampliando as garantias do comércio imobiliário.

Nada obstante suas excelentes vantagens, o sistema registral brasileiro, como reconhece a doutrina majoritária, no particular citamos Melo (2007, p. 63) e Carvalho (1998, p. 175), não adotou o princípio da fé pública registral, mas apenas o princípio da presunção, de sorte que o terceiro adquirente não tem maiores garantias de que sua alienação irá subsistir, mesmo que, à primeira vista, se afigure completamente exata e perfeita, de conformidade com as informações constantes dos livros registraes.

2.4 A adoção da fé pública registral pelo direito brasileiro

2.4.1 A Lei 13.097/2015 introduziu o princípio da fé pública registral no direito brasileiro?

Como dito, o direito brasileiro, não obstante ter adotado o princípio da presunção, não contava com o princípio da fé pública registral, de modo que os terceiros, ainda que de boa-fé, poderiam ser afetados em seus direitos, com grande prejuízo para o tráfego imobiliário.

Dissemos “não contava” no passado, porque, com a edição da MedProv 656/2014, posteriormente convertida na Lei 13.097/2015, entendemos que o sistema jurídico agasalhou o referido princípio.

Os arts. 10 e 11 da MedProv 656/2014 têm a seguinte redação:

“Art. 10. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

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

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

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

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

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

Art. 11. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio de lotes de terreno urbano, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

Os arts. 54 e 55 da Lei 13.097/2015, por sua vez, com quase a mesma redação,⁸ assim dispõem:

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

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

II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

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

8. No art. 55 da Lei 13.097/2015 se substitui a expressão que antes constava do art. 11 da MedProv 656/2014, “condomínio de lotes de terreno urbano”, por “condomínio edilício”.

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

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

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

A redação do *caput* do art. 54 da Lei 13.097/2015 (“Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas (...)”) apresenta conotação *positiva* ao *afirmar a eficácia* dos negócios jurídicos versando sobre direitos reais sobre atos jurídicos precedentes.

A lei afirma *positivamente* a eficácia do negócio jurídico frente a três espécies diferentes de causas jurídicas que lhe podem atingir: (1) ações reais e pessoais reipersecutórias; (2) ações e execuções em geral que buscam afetar bens do devedor ao pagamento da dívida; e (3) restrições, indisponibilidades e ônus.

Em um primeiro momento, o que mais importa ressaltar é que a Lei impede que ações reais ou pessoais reipersecutórias *afetem* o negócio jurídico. As ações reais se baseiam em um direito real que se pretende opor, excluindo o do terceiro, limitando-lhe o gozo ou impondo algum outro gravame. Nas ações pessoais reipersecutórias se discute um direito pessoal, derivado de uma relação obrigacional, mas cujo resultado repercute na esfera real.

Se a lei mantém a eficácia do negócio frente a essas ações, é porque ela reconhece que eventuais vícios jurídicos, hábeis de serem apontados e reclamados nas ditas ações, não abalarão a eficácia do negócio do terceiro.

No particular, é fundamental recordar que, sendo o registro ato causal, eventual defeito do título pode atingir-lhe, gerando sua anulação, e, uma vez

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

anulado um dos registros de uma cadeia, os subsequentes, que nele encontraram amparo, também serão atingidos. É isso que acontecia, em nosso sistema, se algum dos direitos da cadeia de titularidade padecesse de um vício. Mas a Lei, como dito, afasta a repercussão das ações que veiculariam os tais vícios, *mantendo a eficácia do negócio do terceiro*, logo ela afasta, precisamente, a repercussão dos vícios sobre o negócio do terceiro de boa-fé.⁹

Não só os vícios jurídicos são afastados em benefício do terceiro de boa-fé, pois há mais duas situações que a Lei protege. Ela *afirma a eficácia* do negócio frente à existência de ações e execuções, que podem recair sobre o imóvel ou direito transmitido. Nessas ações, de um modo geral, não se discute uma questão diretamente ligada ao imóvel ou ao direito, isto é, não se versa sobre obrigações ou direitos reais que incidem diretamente sobre o imóvel. Nesse grupo de ações (incs. II e IV do art. 54 da Lei 13.097/2015), cuja causa normalmente é uma obrigação inadimplida, que gera a responsabilidade patrimonial, os credores buscam bens no patrimônio do devedor, para afetá-los à execução e os expropriar, de modo a satisfazerem seus direitos.

Nas ações e execuções dos itens II e IV, em que o credor busca satisfazer seu crédito, não lhe interessa este ou aquele bem ou direito específico, mas sim que haja bens, os quais serão expropriados e o valor ou benefício econômico reverterá em seu proveito. Justamente porque é imperativo que o devedor tenha bens – estes é que são a garantia da execução, que, do contrário, resultará infrutífera, a menos que haja pagamento voluntário –, o Código de Processo Civil protege o credor contra artimanhas fraudulentas do devedor, por meio do instituto da fraude à execução.

Ocorre que, muitas vezes, não obstante o devedor tenha agido de má-fé, dissipando seus bens, os terceiros que com ele negociam estão de boa-fé e desconhecem esta situação. O STJ, com a Súmula 375,¹⁰ vinha sinalizando no sentido da proteção do terceiro de boa-fé. A Lei 13.097/2015 impede que as ações e execuções não publicizadas no Registro Imobiliário repercutam sobre o negócio do terceiro, pois este é *eficaz* perante os atos jurídicos antecedentes.

9. No *caput* do art. 54, a Lei não fala em boa-fé, mas o requisito é implícito, pois é condição à manutenção da eficácia do negócio do terceiro a ausência de averbação ou registro das situações previstas nos incisos, ou seja, a Lei condiciona a proteção ao desconhecimento da ameaça ao direito adquirido, que outra coisa não é senão a boa-fé, conforme estudado no item que tratou da fé pública registral.

10. “Súmula 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Dada a ameaça sempre constante que uma dessas ações ou execuções pudesse repercutir sobre a aquisição feita, exigia-se a apresentação de uma infinidade de certidões de feitos ajuizados obtidas nos distribuidores, o que não era, ainda assim, uma garantia sólida, pois sempre poderiam existir ações propostas em outras Comarcas. A Lei 13.097/2015 trouxe uma proteção que torna desnecessária outras consultas além da matrícula do Registro de Imóveis, porque, se as ações, execuções ou penhoras não estiverem averbadas, não destruirão a eficácia do negócio do terceiro de boa-fé. E tanto mais demonstrou a Lei essa eficácia ao, no art. 59, alterar o art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 (que versa sobre as normas para a confecção de escrituras públicas, aplicáveis também aos instrumentos particulares celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, conforme o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei, e aos instrumentos particulares em geral, por analogia), e excluir dos requisitos dos atos notariais a necessidade de se apresentar as certidões de feitos ajuizados.

Ainda, a Lei manteve a eficácia do negócio frente a restrições administrativas e convencionais, ônus e indisponibilidades não averbados, evidenciando que os ônus “ocultos” não atingirão o direito adquirido pelo terceiro, seja para lhe fulminar, seja para lhe restringir o conteúdo.

A Lei condiciona essa consequência jurídica – esse efeito protetivo positivo que mantém a eficácia do negócio frente aos atos que lhe precedem –, a não constar do fôlio real as situações descritas nos incisos do art. 54.

As situações descritas nos incs. I a IV do art. 54 representam informações que, uma vez constantes da matrícula do imóvel, *alertam* o terceiro que pretende celebrar o dito negócio jurídico de que o direito inscrito sofre limitação, contestação ou que pode vir a ser afetado a uma execução judicial. Em suma, os incisos trazem uma gama de circunstâncias que podem prejudicar ou ameaçar a aquisição do terceiro.

Se essas circunstâncias não estiverem inscritas ou averbadas, o negócio jurídico *tem eficácia sobre os atos jurídicos precedentes*, o que significa dizer: não publicizadas essas circunstâncias no Registro de Imóveis, ainda que elas tenham a potencialidade de, direta ou indiretamente, ameaçar o negócio jurídico do terceiro, ou limitar seus direitos, este negócio será *eficaz*. Ora, se este negócio será eficaz, mesmo que exista uma situação jurídica capaz de afetar os atos que lhe precedem ou nele repercutir, a Lei previu que as situações alheias ao Registro de Imóveis, de um modo geral,¹¹ não têm o condão de gerar efeitos

11. Existem exceções e elas serão estudadas no momento oportuno.

jurídicos na esfera do terceiro, presumindo, com isso, que o Registro é exato e completo (integral).

A exegese ora dada ao *caput* se confirma, ao examinarmos o parágrafo único, que traz, basicamente, a mesma ideia, porém com o uso de uma expressão negativa (“Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel (...)”).

Se as situações jurídicas não constantes do Registro Imobiliário não podem ser opostas a terceiros, a consequência decorrente é que, ainda que os atos jurídicos anteriores ou o próprio negócio¹² possam ser atacados por uma situação não publicizada no Registro de Imóveis, a eventual investida não repercutirá sobre o negócio do terceiro, que, vale dizer, será mantido.

A Lei ressalta “inclusive para fins de evicção”, demonstrando a força da proteção que está outorgando ao terceiro que confiou nas informações constantes do Registro de Imóveis.

Evicção vem da noção de *evincere*, que é *ex, vincere*, vencer pondo fora, ou seja, na evicção aquele que vence, vence e põe fora o direito do outorgado (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 157). Trata-se de responsabilidade por vício de direito, uma vez que o outorgante, nos contratos onerosos, deve prestar aquilo que prometeu, livre de direitos de terceiros, salvaguardando o outorgado de ações, direitos e pretensões de terceiros no que concerne ao objeto da prestação (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 169).

Essencialmente o que se passa na evicção é que o adquirente, após adquirir o direito, sofre a ação de um terceiro, que sendo o real detentor do direito, total ou parcialmente, o priva, total ou parcialmente, do objeto da prestação. O adquirente é, portanto, vencido e tem seus direitos sobre a coisa excluídos. Como o alienante no contrato oneroso deve assegurar o objeto da prestação livre de eventuais vícios de direito, se o outorgado é vencido e perde, total ou parcialmente, o direito objeto da prestação, por conta do vício jurídico de que este padecia, surge a responsabilidade do outorgante de indenizá-lo, conforme os arts. 447 a 457 do CC/2002.

A Lei 13.097/2015 preceituou que as situações não registradas nem averbadas na matrícula não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé, inclusive para fins de evicção. Ora, outra coisa não quer dizer a Lei, senão que, inexistindo inscrição preventiva na matrícula (art. 55 da Lei 13.097/2015 e art. 167, I, 21,

12. Como nas hipóteses de fraude à execução, indisponibilidade etc.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

da Lei 6.015/1973), o terceiro adquirente não sofrerá a evicção, isto é, não será vencido pela pessoa que tenha direitos sobre o imóvel.

Se ele não será vencido e nem perderá o direito, mesmo para aquele tenha o verdadeiro direito de conformidade com a realidade jurídica extrarregistral, significa que a aquisição *a non domino* efetivada será mantida e convalidada.¹³ E a manutenção dessa aquisição *a non domino*, substituindo-se o direito segundo a realidade jurídica, pela verdade registral, é precisamente o efeito da fé pública registral.

Nesses termos, se temos um preceito que nos garante os efeitos da fé pública registral, assegurando o terceiro adquirente em sua aquisição, a lógica nos impele a concluir que adotamos o princípio da fé pública registral.

Em síntese, ao manter a eficácia dos negócios jurídicos celebrados com um terceiro perante os atos jurídicos precedentes, desde que não registrada ou averbada alguma das situações previstas nos incisos (art. 54, *caput*, da Lei 13.097/2015), bem como ao negar oponibilidade a terceiros adquirentes de situações jurídicas não constantes do registro, inclusive para fins de evicção (art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/2015), instituiu a Lei um preceito que faz presumir, em favor do terceiro, a exatidão e a integridade do Registro, assegurando-o em sua aquisição.

Esse preceito se subsume exatamente ao conteúdo do princípio da fé pública registral, que, gerando a ficção de exatidão e integridade do Registro, garante o terceiro que confiou nas informações registrais contra o efetivo titular do direito na realidade jurídica, ou seja, o art. 54 da Lei 13.097/2015 produz efeito idêntico ao que o chamado princípio da fé pública registral produz, o que induz à ilação de que, efetivamente, adotamos esse princípio em nosso sistema registral.

O art. 54 da Lei 13.097/2015 traz regras gerais aplicáveis a todos os casos que não estão por ele excepcionados. Nada obstante, a Lei trouxe mais um preceito, o art. 55, que, nos casos de incorporação imobiliária, condomínio edilício e parcelamento do solo, afasta taxativamente a possibilidade de evicção e de decretação de ineficácia, garantindo o direito dos adquirentes de unidades autônomas, ainda que tenha havido aquisição *a non domino* pelo alienante. Essa é mais uma evidência de que adotamos o princípio da fé pública registral.

13. Usaremos neste trabalho a expressão “convalidada” em relação aos efeitos da Lei 13.097/2015 para indicar, não tanto o saneamento dos vícios precedentes, mas sim a sua oponibilidade a terceiros. Uma vez que esta inoponibilidade estanca a eficácia lesiva do vício, o efeito é similar ao da convalidação, se bem que a inoponibilidade não vá tão a fundo a ponto de expurgar o vício.

Todavia, ao que nos parece, os efeitos produzidos pelo art. 54 (regra geral de aplicabilidade do princípio da fé pública registral) são diversos dos produzidos pelo art. 55 (regra especial de aplicabilidade do princípio da fé pública registral), uma vez que estes são mais intensos. Além disso, parece-nos que os pressupostos de aplicabilidade de um e de outro diferem.

Assentado que o direito brasileiro conta com o princípio da fé pública registral, será dado prosseguimento ao estudo, analisando as duas facetas deste postulado (arts. 54 e 55), seus requisitos de aplicação e as exceções à sua proteção.

2.4.2 *Princípio da fé pública registral geral*

2.4.2.1 Noção conceitual

O art. 54 contempla o preceito geral da fé pública registral aplicável à generalidade dos casos. Por isso a denominação princípio da fé pública registral geral, dada para fazer a contraposição à regra do art. 55, que tem efeitos mais intensos e aplicabilidade restrita a casos especiais, que envolvam parcelamento do solo, incorporação imobiliária e condomínio edilício.

Como visto no item precedente, a Lei usa uma expressão positiva no *caput* do referido artigo (os negócios... são eficazes) e uma expressão negativa no parágrafo único (*não poderão ser opostas* situações jurídicas não constantes da matrícula... ao terceiro de boa-fé), ambas para significar que a realidade extraregistral não irá afetar o negócio do terceiro que contrata de boa-fé, de modo a resguardar aquele que confia nas informações tabulares.

Assim, ainda que haja vício nas relações anteriores ou haja outra situação jurídica capaz de atingir o negócio jurídico do terceiro, eles não poderão ser opostos ao negócio do terceiro, que manterá sua eficácia, se não decorrerem de situação publicizada na matrícula.¹⁴

Adotou-se o princípio da fé pública registral com suas duas facetas, a negativa e a positiva. A eficácia no sentido positivo da fé pública registral (presunção positiva de veracidade ou presunção de exatidão do Registro) é a que garante o terceiro nos casos de aquisição *a non domino* nas hipóteses de anulação, decretação de ineficácia ou de nulidade dos títulos ou registros anteriores. Ela vem manifestada, em essência, ao impedir a Lei 13.097/2015, art. 54, I, que se oponham ao terceiro as ações reais ou pessoais reipersecutórias cuja citação não foi registrada na matrícula, porque as pretensões de anulação dos títulos anteriores

14. Existem, contudo, exceções e elas serão estudadas mais à frente.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

ou de exclusão do direito real do alienante serão manifestadas, necessariamente, por meio de ações judiciais, que serão reais ou pessoais reipersecutórias. E se a ação que veicula o direito não pode ser oposta ao terceiro, por óbvio que o direito em si, que necessariamente terá de ser exercitado por meio da ação, também não poderá ser oposto, se não houve o registro preventivo da citação. Assim, inexistindo na matrícula informação que se permita verificar a existência de ameaça, limitação ou contestação ao direito do alienante, o Registro se presumirá *exato* em favor do terceiro de boa-fé, cuja aquisição será resguardada.

A eficácia no sentido negativo da fé pública registral (presunção negativa de veracidade ou presunção de integridade do Registro) é a de que títulos ou direitos reais não inscritos não afetarão o direito do terceiro. Essa regra decorre das seguintes circunstâncias: (a) no direito brasileiro, o registro dos direitos reais tem caráter constitutivo, logo, se os direitos não lograram prévia inscrição, não terão se constituído e não serão oponíveis ao terceiro; (b) as pretensões referentes a direitos reais serão veiculadas normalmente por ações reais, as quais, se não estiverem previamente inscritas (art. 54, I), não poderão prejudicar o terceiro; (c) as eventuais restrições, indisponibilidades e outros ônus, se não estiverem averbados, não poderão prejudicar o terceiro de boa-fé (art. 54, III); (d) as situações jurídicas não constantes da matrícula do Registro de Imóveis não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé (art. 54, parágrafo único).

Os preceitos citados demonstram que o terceiro não terá o direito que adquiriu limitado ou prejudicado por direitos reais não inscritos, o que evidencia ser o Registro íntegro ou completo, de modo que o adquirente só deve se preocupar com os ônus que constam do fôlio real. Assim, presume-se que todas as limitações ou restrições constam do Registro Imobiliário e se presume que as não inscritas ou averbadas inexistem (porque não poderão ser opostas ao terceiro), ou seja, resumindo, presume-se que o Registro é completo e íntegro.

Também se inclui nessa categoria, da eficácia negativa da fé pública registral (presunção de integridade do Registro) a impossibilidade de se opor ao terceiro de boa-fé as ações e execuções judiciais não averbadas na matrícula, para fins de fraude à execução (art. 593 do CPC)¹⁵ ou responsabilidade patrimonial (art. 592, V, do CPC).¹⁶

15. “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
III – nos demais casos expressos em lei.”

16. “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:
(...)

Isso porque a fraude à execução implica uma situação em que se considera ineficaz a alienação feita pelo devedor durante o curso de ação ou execução judicial capaz de reduzi-lo à insolvência ou fundada em direito real, ou seja, na hipótese há uma limitação ao seu direito de dispor do bem. Porém, essa limitação, por não constar de uma informação registral, não pode prejudicar o terceiro de boa-fé, que receberá o direito livre, sem ter de se preocupar com restrições não averbadas na matrícula. Em síntese, presume-se o Registro íntegro e completo, de sorte que as limitações a que pode se sujeitar o domínio ou a disponibilidade do bem deverão constar do Registro Imobiliário, sob pena de não valerem contra o terceiro e não limitarem/prejudicarem o seu direito.

A Lei 13.097/2015, embora tenha adotado materialmente o princípio da fé pública registral, não cuidou de definir expressamente todos os requisitos a que está submetido o terceiro para gozar da proteção da fé pública, diversamente dos artigos 32¹⁷ e 34¹⁸ da Lei Hipotecária Espanhola.

Parece-nos, com amparo no texto da referida Lei, bem como na doutrina estudada sobre o tema, que podem ser apontados os seguintes requisitos: (a) estar configurada a posição de terceiro hipotecário; (b) haver adquirido de boa-fé; (c) haver adquirido por negócio jurídico em si e por si válido; (d) existir inexistência registral; (e) haver adquirido do titular segundo as informações registrais; e (f) ter registrado o seu título.

Vamos examinar esses requisitos um por um nos próximos subitens e, na sequência, analisaremos as situações que excepcionam a proteção da fé pública registral.

2.4.2.2 A posição de terceiro hipotecário

A Lei 13.097/2015 não buscou convalidar nulidades ou vícios dos negócios *inter partes*, isto é, não veio proteger uma das partes do contrato em detrimento

V – alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.”

17. “Artículo 32. 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.”
18. “Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el 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 tuviere su causante o transferente.”

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

da outra. A sua proteção se faz em vista da situação de um terceiro, que pode ser ameaçado ou prejudicado, por uma situação extrarregistral e que não se relaciona diretamente com a sua relação jurídica com o alienante.

O parágrafo único do art. 54 da Lei 13.097/2015 deixa evidente a quem se destina a proteção da fé pública registral (“não poderão ser opostas as situações jurídicas não constantes da matrícula... ao *terceiro* de boa-fé...”).

Montes explica com precisão no que consiste a figura do terceiro hipotecário:

“Portanto, o terceiro do artigo 34 [da Lei Hipotecária Espanhola] é um terceiro meramente hipotecário, precisado em relação ao assento registral precedente do que deriva sua titularidade, e não um terceiro simples, ou seja, toda pessoa alheia ou estranha ao contrato (*poenitus extraneus*). O terceiro hipotecário é, pois, o terceiro adquirente frente a uma situação inscrita, o sucessor ou sucessor tabular a título especial, que está protegido contra as ações de nulidade ou resolução intentadas frente a seu causante ou transmitente” (MONTES, 2005, p. 275).

É justamente a ideia de adquirente, ou melhor explicitado, de subadquirente que caracteriza a figura do terceiro hipotecário, como ressalta Roca Sastre (1948, p. 402).

Em suma, terceiro hipotecário não é um terceiro simples, entendido como todo aquele que não é parte de um contrato ou de uma relação jurídica, mas sim um terceiro que adquiriu o seu direito de uma das partes de outra relação jurídica, sobre a qual pende a controvérsia. O seu direito deriva de uma relação anterior, de uma aquisição anterior, e foi por isso que Roca Sastre entendeu mais precisa a expressão “subadquirente”. A relação do alienante com o terceiro é de subaquisição, porquanto deriva de outra aquisição que lhe precede.

2.4.2.3 A boa-fé do terceiro hipotecário

A Lei 13.097/2015, no seu art. 54, exigiu que o terceiro a ser protegido esteja de boa-fé implicitamente no *caput* e explicitamente no parágrafo único. Dissemos implicitamente no *caput*, porque condicionou a manutenção da eficácia do negócio do terceiro a não estar averbada ou registrada uma das situações dos seus incisos, que é por onde o terceiro teria condições de conhecer as eventuais ameaças ao direito, ou seja, condicionou a dita proteção ao *desconhecimento* das situações capazes de ameaçar ou limitar o direito.

A boa-fé consiste no desconhecimento ou na ignorância da inexatidão registral ou dos vícios que atingem a titularidade do alienante (ROCA SASTRE, 1948,

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

p. 468). Melo ressaltou bem que a boa-fé, nessa seara da fé pública registral, consiste na confiança na aparência registral, ou seja, é uma boa-fé que resulta direta e objetivamente do que consta dos assentos registrais (MELO, 2007, p. 72).

Nesse aspecto, se as situações não estão inscritas no Registro de Imóveis, a boa-fé do terceiro será presumida, cabendo ao que alega a má-fé prová-la (ROCA SASTRE, 1948, p. 470).

A má-fé será resultante do conhecimento pleno e suficiente da inexatidão registral, que terá de ser *provado* por quem o alega. Jardim explica a situação da seguinte forma:

“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 ‘silêncio’ ou da ‘inexactidão’ do registo, requer-se que o ‘terceiro’, que nele podia confiar, possua a certeza plena de que existe uma determinada realidade extrarregistral distinta da registral, 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. 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” (JARDIM, 2013, p. 254-255).

É imprescindível que ele conheça as consequências jurídicas dos fatos, isto é, o mero conhecimento de fatos que poderiam indicar a circunstância de haver inexatidão registral é insuficiente, se desacompanhada do conhecimento das consequências jurídicas que esses fatos podem ocasionar, de modo que, embora haja conhecimento dos fatos, é possível haver a boa-fé, por ter havido erro de direito (ROCA SASTRE, 1948, p. 469). Claro que a configuração do erro de direito, em face do conhecimento de todas as circunstâncias fáticas, dependerá da análise minuciosa do caso concreto.

Assim, aquele que alega a má-fé deve provar que o terceiro conhecia a inexatidão registral, mas, provados os fatos que indicam a dita inexatidão, se o terceiro pretender alegar que desconhecia suas consequências jurídicas, isto é, que houve erro de direito, terá de provar que realmente houve esse erro frente aos fatos demonstrados e comprovados (ROCA SASTRE, 1948, p. 470).

A boa-fé deve estar configurada no momento de aquisição do direito, pouco importando que, depois da aquisição, o terceiro venha a ter conhecimento de

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

que existia inexatidão registral ou do vício do direito do alienante – *mala fide superveniens non nocet* (ROCA SASTRE, 1948, p. 471). Porém, no direito brasileiro, diferentemente do que ocorre no direito espanhol em que o registro terá caráter declarativo, essa boa-fé será aferida no momento do registro do título aquisitivo, pois é com a inscrição que *nasce* o direito real (caráter constitutivo do registro).

Por fim, se a fé pública já operou seus efeitos, ainda que um posterior adquirente tenha conhecimento da inexatidão registral já convalidada por fato de terceiro adquirente anterior ter adquirido de boa-fé (e com a presença dos demais requisitos legais), aquele não será prejudicado (ROCA SASTRE, 1948, p. 471). Por exemplo, A adquire de B, que por sua vez adquiriu de C, sendo que a relação de B e C apresenta algum vício invalidante, o qual, porém, não pode ser oposto ao terceiro hipotecário de boa-fé A, que preencheu os requisitos para obter a proteção da fé pública registral. Se D adquirir o imóvel de A, conhecendo a inexatidão registral de B, não sofrerá as consequências desse conhecimento, uma vez que a fé pública registral já operou seus efeitos, que são definitivos e beneficiam os adquirentes posteriores quanto àquele vício original convalidado (*rectius*, tornado inoponível aos terceiros).

2.4.2.4 Aquisição por negócio jurídico

A finalidade da fé pública registral é proteger o tráfego imobiliário, de sorte que apenas as aquisições negociais são protegidas. A Lei 13.097/2015, conforme se infere de uma interpretação sistemática do *caput* do art. 54 com o seu parágrafo único, resguarda as aquisições de direitos obtidas pela via negocial.

Segundo Mello,

“(...) *negócio jurídico* é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico” (MELLO, 2013, p. 233).

A categoria do negócio jurídico é ampla, por pertencer à teoria geral do direito. A Lei não só exigiu negócio jurídico, mas sim negócio jurídico que tenha por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais imobiliários. Por consequência dessa exigência legal, limitam-se os negócios jurídicos capazes de ser protegidos pela força da fé pública àqueles negócios jurídicos bilaterais, já que os negócios passíveis de constituir, transferir ou modificar direitos reais

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

são essencialmente bilaterais,¹⁹ e àqueles negócios cujo conteúdo seja *constituir, transferir ou modificar* direitos reais imobiliários, o que afasta os negócios que visem *extinguir* direitos reais imobiliários ou que versem sobre direitos obrigacionais.

Por consequência da necessidade de que a aquisição se tenha operado por força de um negócio jurídico, ficam excluídas do âmbito da proteção da fé pública registral as aquisições que derivam de declarações judiciais ou administrativas ou que derivam diretamente da Lei (como a sucessão *causa mortis*).

Como estudamos, no direito espanhol, é necessário que a aquisição se tenha dado por título oneroso, o que afasta da proteção da fé pública registral os adquirentes a título gratuito (o art. 34 da Lei Hipotecária inclusive ressalta que os adquirentes a título gratuito não gozarão de maior proteção registral que o alienante). Esse requisito é exigido no direito espanhol por força da redação expressa da Lei.²⁰

A Lei 13.097/2015 apenas se refere a negócios jurídicos com fim de constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis (*caput* do art. 54) e a aquisição de direitos reais sobre imóveis por terceiro de boa-fé (parágrafo único do art. 54), sem distinguir os negócios gratuitos dos negócios onerosos. Ora, se a Lei não fez distinção, não cabe a intérprete fazê-la, sendo imperativo concluir que, diferentemente do direito espanhol, no direito brasileiro o adquirente a título gratuito, desde que preenchidos os demais requisitos, gozará da proteção da fé pública registral.

Em que pese a Lei nos levar a esta ilação, por não ter sido restringida a eficácia da fé pública registral aos negócios onerosos (os termos genéricos da norma

19. Não se pode confundir a categoria dos negócios jurídicos bilaterais com a categoria dos contratos bilaterais. Todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais, mas podem, segundo seus efeitos, ser bilaterais (geram obrigações para ambas as partes) ou unilaterais (geram obrigações para apenas uma das partes). A doação, por exemplo, é negócio jurídico bilateral (contrato) passível de transferir direitos imobiliários, não obstante seja contrato unilateral.

20. “Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el 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 tuviere su causante o transferente.”

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

jurídica só podem conduzir ao raciocínio de que ambas as espécies de negócios estão protegidas), manifestamos nossa opinião de que esta opção legislativa é inconveniente.

Como explica Roca Sastre (1948, p. 423-424), a distinção da proteção entre os negócios gratuitos e os onerosos é justificada, porque aqueles nada desembolsaram para obter o direito, assim, no cotejo entre o direito do real titular que busca evitar um dano e o do terceiro a título gratuito que busca obter um lucro, aquele é preferível, além do que as necessidades do tráfico jurídico-imobiliário não exigem que se proteja adquirente a título gratuito e essas necessidades são o fundamento do princípio da fé pública registral.

Além do mais, a Lei ao conceder proteção aos adquirentes a título gratuito rompeu com a tendência anterior do direito brasileiro de tratar desigualmente as situações. Assim é que, nas hipóteses excepcionais em que a legislação mantinha o direito do terceiro de boa-fé em detrimento do real titular, o fazia em consideração aos adquirentes a título oneroso – citamos como exemplo a proteção dos terceiros que adquirem a título oneroso do herdeiro aparente (arts. 1.817²¹ e 1.827²² do CC/2002), bem como a proteção aos terceiros que adquirem onerosamente daquele que recebeu o imóvel em pagamento indevido (art. 879 do CC/2002).²³

Destarte, embora consideramos que a Lei, por não distinguir, protegeu os adquirentes a título gratuito e a título oneroso, entendemos, com apoio na li-

21. “Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.”

22. “Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.”

23. “Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.”

ção de Roca Sastre e na tradição protetiva do direito brasileiro, que a aquisição gratuita não deveria ser protegida, por merecer maior consideração o direito do real titular, que sofre um grave dano ao não poder reivindicá-lo, do que o interesse lucrativo do terceiro, que apenas deixaria de consolidar o acréscimo ao seu patrimônio.

Quando nos referimos a este requisito no item 2.4.2.1, acrescentamos que o negócio jurídico deve ser em si e por si válido. É que a inscrição registral não tem eficácia saneadora de nulidades e continua a ser causal o registro no nosso sistema registral, de molde que os vícios do título podem levar à invalidação do registro. A fé pública registral não significa que o simples fato da inscrição expurgue todo e qualquer vício; o que ela faz é torná-los inoponíveis aos terceiros que preenchem os requisitos legais. Ora, se o próprio negócio *inter partes* é viciado, não há a condição de terceiro e, portanto, não há a proteção legal. Por consequência, o vício é oponível e, em razão da natureza causal do registro, tem o condão de invalidá-lo.

2.4.2.5 Inexatidão registral

É imprescindível que haja alguma forma de inexatidão registral, entendida esta como o descompasso entre o Registro Imobiliário e a realidade jurídica extrarregistral, para que o princípio da fé pública registral entre em ação. É mera questão de lógica: se o Registro é exato e perfeitamente harmônico com a realidade registral não há ameaça ao direito do terceiro e não necessidade de presunção nem de proteção.

2.4.2.6 Haver adquirido do titular segundo o registro imobiliário

É imprescindível que a aquisição do terceiro tenha sido feita àquele titular legitimado segundo as informações do Registro de Imóveis. Não basta que a pessoa figure no Registro de Imóveis na matrícula; é necessário que ela seja, segundo o encadeamento lógico dos assentos, o atual titular.

Ora, se a Lei está justamente buscando proteger o terceiro que confiou nas informações registraes, afastando a eficácia das situações jurídicas não registradas, é óbvio que ela pressupõe a necessidade de o terceiro ter adquirido daquele que é o proprietário ou legitimado tabular para transmitir, constituir ou modificar o direito.

Trata, o princípio, de manutenção da realidade registral, em detrimento da verdade jurídica real extrarregistral, em benefício do terceiro, com vistas à segurança do tráfego imobiliário. Por óbvio só se pode manter a realidade regis-

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

tral que existe. Se não existe realidade registral compatível com o que as ações do terceiro demonstram ter ele acreditado, não há o que manter. Não há como o princípio – que representa uma presunção ou ficção – incidir.

A Lei não explicitou esse requisito, minudenciando as condições em que deveria ser observado. Parece-nos, entretanto, evidente a necessidade de, no momento da celebração do negócio jurídico de transferência do direito, o alienante já ter obtido inscrição a seu favor, porque, se o terceiro adquiriu de quem não tem o registro, não se pode dizer que ele confiou nas informações registrais,²⁴ até mesmo porque o título do alienante pode não lograr o registro em momento posterior (por exemplo, por conter defeitos evidentes verificados quando da qualificação registral). Ademais, não se haveria falar em boa-fé, não porque se conheça a inexatidão registral, mas justamente porque não se está de acordo com a exatidão registral.²⁵

2.4.2.7 Haver o terceiro registrado o seu título

No art. 54, *caput*, da Lei 13.097/2015 se fez referência apenas aos negócios que visam à transferência, modificação ou constituição de direitos reais, sem nada dizer acerca da necessidade de ter logrado o registro desse negócio, o que poderia induzir a conclusão de que, firmado o negócio, já se obteria a proteção legal.

Assim não o é. O *caput* deve ser lido em consonância com a complementação dada pelo parágrafo único, que é onde mais incisivamente se mantém a inoponibilidade das situações lesivas ao direito de terceiro. E o parágrafo único preceitua que “não poderão ser opostas... ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel...”. Ao dizer adquirir ou receber em garantia os direitos reais imobiliários, o preceito exigiu que o terceiro tenha registrado seu título.

24. Aliás, ele tinha conhecimento do risco a que se expunha, pois o direito do alienante ainda não havia nascido no plano real, nem estava consolidado.

25. Pode parecer contraditório o que acabamos de dizer com aquilo que expusemos no item 2.4.2.3, a respeito do momento de configuração da boa-fé. Mas não o é. Dissemos, no item 2.4.2.3, que a boa-fé deve ser verificada no momento da aquisição do direito, isto é, no momento do registro. Com isso, pretendíamos deixar claro que a superveniência de uma situação capaz de afetar a boa-fé do terceiro, posterior à celebração do contrato, mas anterior ao registro, poderia afastá-la. Não dissemos que eventual má-fé (ausência de boa-fé) no momento da celebração do contrato pode ser desconsiderada, isto é, que só interessa examinar a questão quando do momento da inscrição.

Isso porque não se adquire direito real decorrente de negociação *inter vivos* antes do registro do título, conforme os arts. 1.227 e 1.245 do CC/2002. Trata-se da publicidade constitutiva, que é a regra no nosso sistema civil-registral. Se a Lei falou que os direitos foram adquiridos, pressupôs, de forma coerente com o nosso sistema de inscrição constitutiva, que eles foram registrados.

Mais duas razões levam a essa exegese. Não seria coerente, nem justo, conferir mais proteção àquele que tem um simples contrato, ou seja, detém meros direitos obrigacionais, do que ao real titular dos direitos e foi lesado pelo alienante e pelo negócio que ele entabulou.

Outrossim, como ensina Roca Sastre, o sistema deve defender a aquisição que ocorre a ele, não aquela que o evita, além do que, dadas as enormes vantagens proporcionadas pelo princípio da fé pública registral, não se pode concedê-las a qualquer adquirente, entendendo-se que o terceiro que não registrou seu título, mesmo sabendo dos riscos decorrente desta omissão, se contenta com a proteção pura do direito civil, renunciando a proteção registral (ROCA SASTRE, 1948, p. 426).

Em resumo, para gozar do amparo da fé pública registral, a qual é uma presunção em favor do que consta do Registro Imobiliário, não basta ter entabulado o negócio jurídico, é necessário tê-lo registrado, criando efetivamente o direito real.

2.4.2.8 Exceções à proteção da fé pública registral

Inicialmente, é fundamental destacar que a presunção de exatidão e integridade do Registro decorrente da fé pública registral não abrange dados de fato, circunstâncias pessoais ou direitos obrigacionais. Abrange, como estudado, a *existência, titularidade e extensão* dos direitos reais registrados. É uma presunção sobre o *jurídico*, sobre o direito, que defende o adquirente de boa-fé dos eventuais vícios jurídicos a que sujeito o direito do alienante, bem como de limitações ou restrições alheias ao fôlio real. Não obstante, é fundamental destacar que as limitações legais ou as decorrentes da própria natureza do direito, mesmo não constantes do assento registral, atingem o terceiro, como já explicou Roca Sastre (1948, p. 361).

O art. 54, *caput* e parágrafo único, da Lei 13.097/2015 deixam bem claro que a proteção envolve os direitos reais transferidos, constituídos ou modificados. Outros dados que não os relativos à *existência, titularidade e extensão* dos direitos reais inscritos estão excluídos da proteção da fé pública registral.

Até esse momento, somente foi destacada a abrangência e natureza da proteção conferida pela fé pública registral, assim como os requisitos para sua

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

incidência. Ocorre que existem casos em que, mesmo preenchidos os pressupostos legais com relação ao terceiro de boa-fé, a Lei afasta a proteção da fé pública registral. A esses casos denominamos *exceções* ao princípio da fé pública registral.

Não se confunda a *exceção*, em que a consequência jurídica da fé pública registral (presunção protetiva) é afastada, mesmo concretizados os pressupostos de sua incidência, com a mera *não incidência* do princípio a um determinado caso, por não ter se concretizado o suporte fático da norma relativa à fé pública registral.

O parágrafo único do art. 54 da Lei 13.097/2015 traz duas exceções ao princípio da fé pública registral, de modo que, em tais hipóteses, ainda que configurados os requisitos acima elencados, não haverá proteção ao terceiro de boa-fé. São as seguintes: (a) a prática dos atos previstos nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005, nos casos de falência; e (b) as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

A primeira exceção diz respeito à prática de atos que a Lei 11.101/2005 reputa ineficazes perante a massa falida. São os atos previstos nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005, *in verbis*:

“Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se,

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.”

Nos casos de falência do alienante, tendo ocorrido alguma das situações previstas nos preceitos transcritos, antes ou após a decretação da quebra, conforme a hipótese legal, a sua ineficácia ou revogação poderá atingir o terceiro que com ele contratou (ou mesmo terceiros posteriores a este), ainda que configurados os pressupostos de incidência do princípio da fé pública registral.

Note-se que o art. 130 da Lei 11.101/2005 somente pode ser interpretado como exceção ao princípio da fé pública se se entender que esse vício continuará repercutindo nas relações posteriores à primeira subaquisição, não se convalidando o vício frente a nenhum dos posteriores adquirentes, ainda que esses posteriores subadquirentes (excetuado o primeiro subadquirente) estejam de boa-fé e preencham os requisitos para incidência da fé pública registral, porque, na verdade, preenchido o suporte fático da norma falimentar, fica evidente que o (primeiro) subadquirente está de má-fé e só por isso já não chega a incidir o manto protetivo da fé pública.

A Lei destaca como exceção, também, as hipóteses de aquisição e extinção de direitos reais que independam do registro. Para entender essa exceção, convém lembrar que a publicidade imobiliária, conquanto em regra o seja, nem sempre tem caráter constitutivo. Assim é que, em várias hipóteses, ela tem natureza meramente declarativa,²⁶ o que implica dizer que o direito já se adquiriu em momento anterior e que o registro servirá apenas para dar publicidade à situação e conferir disponibilidade ao direito, além de ser obrigatório o pré-

26. Não nos referimos aqui à publicidade notícia, pois não há incidência de publicidade notícia nas hipóteses de aquisição ou extinção de direitos reais. Nesta seara, a publicidade é constitutiva ou declarativa.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

vio registro desse titular antes de se inscrever a alienação por ele procedida, em razão do princípio da continuidade registral (arts. 195²⁷ e 237²⁸ da Lei 6.015/1973).

São exemplos dessa exceção: (a) a aquisição da propriedade *causa mortis*, que se dá, por força do direito de *saisine* (art. 1.784 do CC/2002), no momento do óbito do autor da herança; (b) a aquisição por usucapião, já que, uma vez preenchido o suporte fático legal (posse mansa e pacífica e lapso temporal previsto na lei, ao que se podem somar outros requisitos, a depender da modalidade de usucapião), tem-se adquirida a propriedade pelo usucapiente e perdida pelo antigo titular, sendo a sentença que o reconhece meramente declaratória (art. 1.238, *in fine*, do CC/2002); (c) a aquisição da propriedade pelo direito de acessão (arts. 1.248 e ss. do CC/2002).

Sarmiento Filho destaca, ainda, como modalidades em que o direito se adquire antes do registro e a publicidade é declarativa: (a) na desapropriação (SARMENTO FILHO, 2013, p. 53); e (b) na hipótese do art. 68 do ADCT da CF/1988, que preceitua que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (SARMENTO FILHO, 2013, p. 54).

Ainda, a própria Lei 13.097/2015 afasta sua aplicação aos bens públicos, de modo que a aquisição destes bens por terceiros de boa-fé não lhes será mantida pela fé pública registral, a teor do art. 58, que dispõe “O disposto nesta Lei não se aplica a imóveis que façam parte do patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas fundações e autarquias”.

Além dessas exceções expressamente previstas na Lei, parece-nos imperativo adotar a exceção disposta no direito espanhol para o caso da existência de duas matrículas contraditórias contendo o mesmo imóvel. É que não se pode *a priori* dar mais proteção registral a uma do que à outra, já que ambas são manifestações da publicidade registral e merecem, em um primeiro momento, igual consideração. A questão terá de ser contenciosamente resolvida, por meio das regras do direito civil e o do direito registral (mas não a da fé pública registral), a fim de se verificar quem tem o *melhor* direito.

27. “Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.”

28. “Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.”

2.4.2.9 Período de transição

O art. 61 da Lei 13.097/2015 previu que “os registros e averbações relativos a atos jurídicos anteriores a esta Lei, devem ser ajustados aos seus termos em até 2 (dois) anos, contados do início de sua vigência”.

Parece-nos que essa regra de transição prevê a possibilidade de as situações jurídicas anteriores à vigência da Lei, não inscritas nem averbadas, produzirem efeitos sobre os negócios jurídicos dos terceiros de boa-fé, como era no sistema anterior, até transcorrido o prazo bienal. Uma vez decorrido o prazo bienal, se os atos em questão não estiverem registrados ou averbados, vigorará com plenitude o princípio da fé pública registral a respeito de terceiros de boa-fé.

Claro que, valendo para esses atos a regra anterior, terão de ser observadas as limitações que nosso direito já impunha, como por exemplo a Súmula 375 do STJ.

2.4.3 *Princípio da fé pública registral especial*

Como dito no fim do item 2.4.1, a Lei 13.097/2015 conta com dois preceitos, os arts. 54 e 55, que expressam o princípio da fé pública registral, os quais, porém, ao fazê-lo, exigem pressupostos e produzem efeitos diferentes. Apenas para fins didáticos se adjetivou o princípio contido no art. 55 de especial, e se denominou o princípio contido no art. 54 de geral.

O art. 55 da Lei 13.097/2015 dispõe que: “A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

O adjetivo especial acrescido à ideia de fé pública registral visa, ao mesmo tempo que o contrapõe ao preceito do art. 54 (que se aplica à generalidade dos casos), dar a noção de que se trata de norma que não se aplica a qualquer caso de negócio jurídico celebrado com terceiros, mas sim aos casos que envolvem relações de alienação de unidades ou lotes em incorporações, empreendimentos de parcelamento do solo e condomínios edilícios.

Há, portanto, uma relação jurídica especial, que constitui o suporte fático de incidência da norma do art. 55, qual seja, a relação de aquisição de direito

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

sobre unidade firmada no âmbito de um empreendimento de incorporação, parcelamento do solo ou condomínio edilício.

São requisitos para a proteção do art. 55: (a) a existência da figura do terceiro hipotecário; (b) haver alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de um empreendimento imobiliário de incorporação, parcelamento do solo ou condomínio edilício; (c) estar o empreendimento devidamente registrado (no Registro de Imóveis); (d) haver inexatidão registral; (e) ser o alienante o titular do domínio segundo o Registro de Imóveis ou estar por ele autorizado a realizar as alienações (por mandato); e (f) haver o adquirente registrado seu título.

A noção de terceiro, melhor trabalhada quando do exame da regra geral da fé pública, corresponde à ideia de terceiro hipotecário, isto é, a de subadquirente, o que pressupõe a existência duas relações jurídicas: (a) a relação pela qual o alienante obteve o direito e que padecia de algum vício e (b) a relação entre o alienante e o terceiro. Note-se que o vício jurídico não está na subaquisição, mas sim na relação anterior (ou em outra anterior a esta). Esse vício repercutiria na subaquisição por força de os registros serem atos causais.

Na hipótese do art. 55, o que ocorre é que a aquisição do parcelador, incorporador ou alienante das unidades padece de vício, sendo esse defeito capaz de repercutir nas relações posteriores. O vício é da relação pela qual o alienante adquiriu o imóvel que loteou, incorporou ou instituiu condomínio edilício, e não da relação entre alienante e o terceiro que adquiriu os lotes ou as unidades.

Exemplificando: A compra um terreno de B e implanta um loteamento nessa área, obtendo as necessárias licenças e registrando o empreendimento. A, observadas as formalidades legais, aliena lotes a C, D, E, F e G. Posteriormente, B ajuíza uma ação contra A, discutindo a existência de uma nulidade no contrato celebrado e reivindicando o bem para si. A relação viciada é entre A e B. As aquisições de C, D, E, F e G são derivadas da relação de A e B, portanto, são subaquisições. Nesse norte, C, D, E, F e G são considerados terceiros, porque o vício não está diretamente na sua relação com A, mas sim na relação anterior, de A com B.

Não há condicionamento, diferentemente do que se passa com o art. 54 da Lei, à existência de boa-fé do terceiro ou a não estarem inscritas/averbadas previamente as situações passíveis de ameaçar o direito do terceiro adquirente. Não se menciona se a alienação deve ser gratuita ou onerosa. Essas omissões da Lei no particular levam à conclusão de que, para a proteção do art. 55, basta que se configurem os requisitos *a, b, c, d, e e f* descritos, independentemente de quaisquer outros.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Não basta a condição de terceiro hipotecário para incidir o preceito do art. 55. É mister que a relação de subaquisição – isto é, de aquisição pelo terceiro do direito do alienante – esteja inserida em um contexto de um empreendimento de parcelamento do solo, condomínio edilício e incorporação imobiliária.

As três hipóteses aventadas são modalidades de empreendimento imobiliário em que o agente otimiza o seu terreno, criando inúmeras unidades negociáveis, fazendo com que o lucro com a alienação das partes exceda em muito o valor que atingiria a alienação do terreno como um todo, sem que tivesse sido levado a cabo o empreendimento. Não se pode perder de vista que, na maioria dos casos, as alienações envolvem relações de consumo e dizem respeito ao direito de moradia. Além disso, normalmente são negociadas dezenas e até centenas de unidades, de modo que o prejuízo da evicção atingiria um grupo considerável de pessoas.

O parcelamento do solo a que o preceito visa proteger são aqueles empreendimentos comerciais nos quais a gleba é subdividida em lotes, sob as formas de loteamento (onde há abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes) e de desmembramento (em que se dá o 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), conforme definidos no art. 2.º da Lei 6.766/1979.

Incorporação imobiliária, por sua vez, é 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” (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/1964). Assim, o incorporador é aquela “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse 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” (art. 29 da Lei 4.591/1964).

Mezzari (2010, p. 28) caracteriza o condomínio edilício como “(...) forma de parcelamento da propriedade, onde coexistem compartimentos autônomos – de propriedade exclusiva, com compartimentos destinados ao uso comum de quantos sejam os proprietários daqueles”.

O registrador Flauzilino Araújo dos Santos destaca que referida modalidade condominial se constitui em uma conjunção de propriedade exclusiva e com-

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

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

O art. 55 se referiu à incorporação imobiliária e a condomínio edilício. Nos dois casos, haverá submissão do imóvel ao regime do condomínio edilício, que conjuga a propriedade exclusiva e a propriedade comum. A lei usou as duas expressões para descrever e distinguir as duas formas que um empreendimento que objetive a alienação de unidades condominiais autônomas pode assumir: (a) incorporação imobiliária, que corresponde à alienação prévia das frações do terreno e que estão vinculadas às unidades a serem construídas – a construção não está pronta e acabada, mas já se está negociando as unidades; (b) condomínio edilício, que corresponde à alienação das unidades autônomas de um imóvel submetido ao regime do condomínio edilício, no qual a construção já está totalmente concluída (se não houver ainda a construção ou se ela for parcial, será incorporação imobiliária).

Em essência, na incorporação se negocia as futuras unidades, ao passo que, quando a Lei se referiu a condomínio edilício, estava querendo significar a negociação de unidades autônomas já existentes (física e juridicamente). Ambas as figuras são hipóteses de condomínio edilício, tendo a Lei buscado, ao usar a expressão “condomínio edilício”, destacar a situação em que as unidades já estão construídas e, na qual, portanto, não há falar em incorporação imobiliária.

Nítido fica do teor do art. 55 é que não basta se tratar de unidade autônoma decorrente do parcelamento do solo ou condomínio edilício. É necessário que essa unidade tenha sido negociada no âmbito de um empreendimento imobiliário e que a eventual causa capaz de influir no direito desses adquirentes seja anterior à implantação do empreendimento. Parece-nos que a lei faz o condicionamento, pois o início do artigo deve ser lido em harmonia com a parte final de seu texto (“...mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990”), visto que a Lei explicitamente fala em incorporador ou empreendedor.

O que a Lei busca proteger é que o eventual vício jurídico na relação do alienante com seus antecessores ou com seus credores não repercuta sobre as

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

unidades criadas por meio do empreendimento imobiliário e alienadas a terceiros. Preserva-se o empreendimento e as alienações feitas, em atenção não ao alienante empreendedor, mas em proteção aos adquirentes de unidades. Uma vez consolidada a propriedade do terceiro adquirente em face dos vícios jurídicos anteriores e que não lhe concernem diretamente, as relações jurídicas futuras envolvendo a unidade se regerão pela regra geral da fé pública registral (art. 54 da Lei 13.097/2015), pois não se tratará mais de proteger o empreendimento em atenção aos adquirentes, mas sim da proteção de um direito real sobre imóvel como outro qualquer. Vale dizer, não basta se tratar de unidade autônoma e lote para gozar da proteção especial do art. 55, que se restringe à proteção da implantação dos empreendimentos versando sobre parcelamento do solo, incorporação imobiliária e condomínio edilício, com o objetivo de manter o empreendimento realizado e as alienações e onerações efetivadas.

A Lei protegeu o terceiro nos casos de *alienação* ou *oneração* das unidades autônomas decorrentes do parcelamento do solo, incorporação imobiliária e condomínio edilício. Conquanto não haja menção à necessidade de registro do título do terceiro, parece-nos evidente que essa exigência é implícita.

Os negócios jurídicos que versam sobre domínio ou direitos reais não os transferem, modificam ou constituem *inter vivos* sem que haja o correspondente registro no Registro Imobiliário. Antes do registro, há apenas um direito à prestação, um direito puramente obrigacional, que não é oponível *erga omnes* e não goza da proteção do direito registral.

Ora, se o direito obrigacional decorrente de um contrato não é oponível a terceiros, aos quais não poderá afetar a esfera jurídica, prejudicando-os, com muito mais razão não poderia prejudicar o verdadeiro titular do direito real sobre o imóvel. Aceitar que o mero contrato de alienação ou oneração teria a proteção da fé pública seria atentar contra o sistema registral e civil vigentes, por desconsiderar o princípio da inscrição, a regra da publicidade constitutiva, bem como as diferenças entre direitos reais e pessoais.

Ainda, considerando que o adquirente da alienação ou oneração possui em suas mãos um título registrável, se não o inscreveu por sua incúria, não pode pretender obter os benefícios que a Lei confere àqueles que têm registros em seu favor. É até uma questão de boa-fé objetiva, pois, como já disse Melo (2007, p. 79), “observa-se, assim, que o dever de conduta ou compartimento de um homem médio, nos leva a crer que a não utilização da publicidade registrária acaba por afrontar a boa-fé objetiva nas relações obrigacionais envolvendo imóveis”. E não se pode olvidar que o nosso sistema civil atual tem como um de seus baluartes o princípio da boa-fé objetiva.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Quanto ao mais, reportamo-nos aos fundamentos que expusemos no item 2.4.2.7 acerca da necessidade de registro do título por parte do adquirente.

Não basta, outrossim, ter sido levado a cabo o empreendimento. É imprescindível que ele seja regular, tendo observado o devido procedimento legal, culminando com o registro do parcelamento do solo, da incorporação imobiliária ou da instituição do condomínio edilício no Registro de Imóveis.

Com relação à necessidade de o alienante ser o titular do direito segundo o Registro de Imóveis ou seu legítimo representante, situação que tem estreita vinculação com a necessidade de o empreendimento estar registrado, reportamo-nos às considerações do item 2.4.2.6. Da mesma forma, com relação ao requisito da existência da inexatidão registral, reportamo-nos às considerações do item 2.4.2.5.

O efeito da proteção do art. 55 é muito mais intenso que o do art. 54, uma vez que, não obstante exija uma situação especial para se configurar, seus pressupostos de aplicação em favor do terceiro são mais flexíveis (não se exige boa-fé), além de não terem sido previstas exceções para sua aplicação, salvo a exceção geral insculpida na Lei no que concerne a imóveis públicos (art. 58 da Lei 13.097/2015).

Por consequência, desde que presente a relação jurídica especial tutelada pelo art. 55, o terceiro gozará de proteção quase absoluta, porque não será atingido por ineficácia ou revogação falimentar, fraude à execução, aquisições de direito independentemente do registro, ações e execuções e vícios jurídicos do direito do alienante.

A Lei foi taxativa ao impedir que com relação a esse terceiro adquirente haja evicção ou decretação de ineficácia, de modo que os eventuais prejuízos sofridos pelo titular real do imóvel, segundo a realidade jurídica extrarregistral, serão indenizados por meio de perdas e danos pelo alienante, havendo, inclusive, sub-rogação nos créditos imobiliários que este possuir.

Mas há que se distinguir: (a) se se trata de unidades alienadas ou oneradas, o prejuízo se compõe em perdas e danos e (b) se se trata de unidades não alienadas, nem oneradas, o direito do titular segundo a realidade extrarregistral prevalece, não sendo imperativo que se converta em perdas e danos, podendo ele reivindicar, em decorrência de seu direito, as unidades não alienadas nem oneradas.

Em suma, a regra do art. 55 trouxe uma salutar proteção ao tráfego jurídico, que se manifesta massivamente nas incorporações imobiliárias, condomínios edilícios e parcelamentos do solo, garantindo aos consumidores adquirentes uma adequada tutela.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi analisar a adoção do princípio da fé pública registral pelo direito brasileiro, tendo em vista o teor das recentes alterações legislativas, que não fizeram referência a ele expressamente, mas introduziram regras capazes de gerar efeitos similares.

O princípio da fé pública registral representa uma garantia ao terceiro adquirente, que confiou nas informações constantes do Registro de Imóveis, desde que preenchidas as condições legais, sendo que, em relação a ele, o conteúdo do Registro prevalecerá sobre a realidade jurídica extrarregistral, de modo que seu direito estará resguardado contra os vícios do direito de seu alienante ou contra limitações ou direitos não inscritos. É uma ficção que faz presumir a exatidão e a integridade do Registro Imobiliário em benefício de terceiro.

A importância desse princípio para o comércio imobiliário é enorme, pois o princípio da presunção, de cunho meramente processual, não obstante tenha seu valor, é insuficiente para garantir ao terceiro de que sua alienação, à primeira vista inteiramente legítima em face do que consta do Registro Imobiliário, subsistirá.

Em um sistema de registro causal, como o nosso, as eventuais invalidades de um título contaminam o assento correspondente. Assim, invalidado o título, pode o registro também ser invalidado e, por consequência, os registros subsequentes.

Nesse contexto, os terceiros que adquirem um imóvel não têm como saber, salvo se a situação estiver publicizada no Registro de imóveis, ainda que por averbações preventivas ou registros preventivos, se não há um vício oculto na cadeia dominial, que poderá gerar a anulação posterior de sua própria aquisição. O terceiro não se sente seguro, então, para adquirir.

Além disso, sempre há a possibilidade de a alienação ter se dado em fraude à execução e, portanto, de ser decretada sua ineficácia, mesmo que o terceiro não tivesse o conhecimento da ação. Conhecimento, diga-se de passagem, que é difícil ter, uma vez que podem ter sido propostas as ações nas mais diversas Comarcas e não há uma certidão unificada.

Com a edição da MedProv 656/2014, convertida pela Lei 13.097/2015, surgiu o preceito que manteve a eficácia do negócio do terceiro frente aos atos jurídicos precedentes, desde que não estivesse publicizada no Registro de Imóveis a existência de ações reais ou pessoais reipersecutórias, a propositura de execuções ou de ações que podem levar ao esgotamento do patrimônio do devedor, restrições administrativas ou convencionais, indisponibilidades e ou-

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

tros ônus, de sorte que seriam inoponíveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro situações jurídicas não constantes da matrícula imobiliária (art. 10 da MedProv 656/2014; art. 54 da Lei 13.097/2015). Também se criou uma proteção especial, mais intensa, para os terceiros adquirentes nas hipóteses de empreendimentos de parcelamento do solo, incorporação imobiliária e condomínio edilício (art. 11 da MedProv 656/2014; art. 55 da Lei 13.097/2015).

Ao manter a eficácia dos negócios jurídicos celebrados com um terceiro perante os atos jurídicos precedentes, desde que não registrada ou averbada alguma das situações previstas nos incisos (art. 54, *caput*, da Lei 13.097/2015), bem como ao negar oponibilidade a terceiros adquirentes de situações jurídicas não constantes do registro, inclusive para fins de evicção (art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/2015), instituiu a Lei um preceito que faz presumir, em favor do terceiro, a exatidão e a integridade do Registro, assegurando-o em sua aquisição.

Esse preceito coincide exatamente com o conteúdo do princípio da fé pública registral, que, gerando a ficção de exatidão e integridade do Registro, garante o terceiro que confiou nas informações registrais contra o efetivo titular do direito na realidade jurídica, ou seja, o art. 54 da Lei 13.097/2015 produz efeito idêntico ao que o chamado princípio da fé pública registral produz, o que induz à ilação de que, efetivamente, adotamos esse princípio em nosso sistema registral.

O art. 54 da Lei 13.097/2015 traz regras gerais aplicáveis a todos os casos que não estão por ele excepcionados. Nada obstante, a Lei trouxe mais um preceito, o art. 55, que, nos casos de incorporação imobiliária, condomínio edilício e parcelamento do solo, afasta taxativamente a possibilidade de evicção e de decretação de ineficácia, garantindo o direito dos adquirentes de unidades autônomas, ainda que tenha havido aquisição *a non domino* nas relações jurídicas anteriores. Essa é mais uma evidência de que adotamos o princípio da fé pública registral.

Em síntese, concluímos que, em razão do teor e dos efeitos das normas jurídicas sobrevindas com a Lei 13.097/2015, o direito brasileiro passou a contar, efetivamente, com o princípio da fé pública registral. A adoção é, sem sombra de dúvida, uma grande conquista, pois garante maior segurança no tráfego imobiliário, sendo o documento *magno* para a celebração dos negócios imobiliários a certidão da matrícula imobiliária, pois ela é quem vai nortear os limites da proteção registral.

Além disso, a adoção do princípio da fé pública registral estimula os terceiros adquirentes a registrarem imediatamente seus títulos, a fim de obterem a

proteção legal, dando maior efetividade à regra do art. 169 da Lei 6.015/1973, que declara serem os atos de registro e averbação obrigatórios.

No corpo do texto, além das conclusões expostas acerca da adoção do princípio da fé pública registral, examinamos os requisitos de aplicação do princípio, as duas espécies de proteção conferida no direito brasileiro (princípio da fé pública registral geral, art. 54 da Lei 13.097/2015, e princípio da fé pública registral especial, art. 55 da Lei 13.097/2015), as exceções e a regra de transição.

Submetemos, assim, à comunidade jurídica, as conclusões e teses decorrentes do estudo da matéria, cientes das limitações do trabalho, com o fim maior de fomentar o debate sobre as inovações legislativas, bem como o aperfeiçoamento do sistema registral brasileiro.

4. BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº.6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975, Lei n. 8.009, de 1990, e Lei n. 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CHICO Y ORTIZ, José Maria; CABAILEIRO, Eugenio Hernandez; HERNANDEZ, Vicente Agero. *Manual del registro de la propiedad*. Madrid: Marcial Pons, 1966.
- DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. atual. por Luiz Edson Facchin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- JARDIM, Mônica. O sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registro – A perspectiva de uma portuguesa. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 75. p. 221-274. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2013.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2010.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coords.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 223-247.
- _____. O Registro de Imóveis e o princípio da fé-pública registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 53-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.
- MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010.

KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 15-58. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Trad. por Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- ORLANDI NETO, Narciso. O Registro de Imóveis e o novo Código Civil. In: SILVA, Ulysses da (coords.). *O novo Código Civil e o registro de imóveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.
- _____. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 21. ed. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 4.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XI. Campinas: Bookseller, 2001.
- _____. *Tratado de direito privado*. t. XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- ROCA SASTRE, Ramon Maria. *Derecho hipotecário: registro de la propiedad*. Barcelona: Bosch, 1948. t. 1.
- SANTOS, Flauzino Araújo dos. *Condomínios e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Mirante, 2012.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário*. Curitiba: Juruá, 2013.
- TARTIÈRE, Gabriel De Reina. *Principios registrales: estudio del derecho registral inmobiliario argentino*. Buenos Aires: Heliasta, 2009.
- TERRA, Marcelo. A fé pública registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 26. p. 36-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1990.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A fé pública registral, de Marcelo Terra – *RDI 26/36, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/301 (DTR\1990\267)*;
- O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI 63/53 (DTR\2007\893)*; e
- Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: suas relações com a fé pública notarial e registral, de Natasha da Motta Ribeiro Carraro – *RDI 72/265 (DTR\2012\44788)*.

A LOCAÇÃO DE VAGAS AUTÔNOMAS DE GARAGEM OU DE ESPAÇOS PARA ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS

RENTAL OF GARAGES AND AREAS FOR THE PARKING OF VEHICLES

SAMUEL BELLUCO SILVEIRA SANTOS

Advogado.
el.santos@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: A locação das garagens e espaços para estacionamento de veículos é regida pela legislação comum (Código Civil), constituindo, portanto, exceção à lei brasileira especial que trata das locações de imóveis urbanos – Lei 8.245/1991 – a Lei do Inquilinato.

No entanto, é preciso compreender que certas locações de garagens e estacionamentos sujeitam-se, sim, à Lei do Inquilinato, em razão de particularidades.

Os critérios doutrinários e jurisprudenciais para o correto enquadramento legal são apresentados neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Locação – Garagem – Estacionamento – Inquilinato – Civil.

ABSTRACT: The rental of garages and areas for the parking of vehicles is ruled by the ordinary law (Civil Code), so it constitutes an exception to the special Brazilian law that rules the rental of urban real estate properties – Law 8.245, from 1991, the "Tenancy Law".

However, it is necessary to understand that certain rentals of garages and areas for the parking of vehicles are indeed ruled by the Tenancy Law, due to some particularities.

The doctrinaire and jurisprudential criteria for the proper legal frame working are presented in this article.

KEYWORDS: Rental – Garage – Parking – Tenancy – Civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito intertemporal: a transição para a atual Lei do Inquilinato – 3. A Lei do Inquilinato e a superveniência da Lei 10.406/2002 (o novo Código Civil): 3.1 Código Civil *versus* leis especiais – 4. Razões da exceção legal – 5. O objeto da locação: 5.1 Vagas autônomas de garagem: 5.1.1 Diversas acepções da *autonomia*; 5.1.2 A autonomia para fins da Lei 8.245/1991; 5.2 Espaços para estacionamento de veículos – 6. Para além da literalidade: a ratio da exceção feita pela Lei 8.245/1991: 6.1 Primeiro critério: o acessório segue seu principal; 6.2 Segundo critério: destinação *comercial* do imóvel – 7. Repercussões – 8. O Código Civil e a locação das garagens em condomínio edilício: 8.1 O Código Civil de 2002 e a Lei 4.591/1964; 8.2 O art. 1.331 do CC/2002; 8.3 O art. 1.338 do CC/2002; 8.4 Os arts. 1.336, § 2.º; e 1337, do CC/2002 – 9. Conclusões – 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos em imóveis urbanos é uma exceção à Lei 8.245/1991 (a atual *Lei do Inquilinato*). No entanto, o dispositivo que prevê essa exceção não é interpretado de maneira puramente literal, e este estudo visa à sistematização de suas principais particularidades.

2. DIREITO INTERTEMPORAL: A TRANSIÇÃO PARA A ATUAL LEI DO INQUILINATO

A antiga *Lei do Inquilinato*, Lei 6.649/1979, fazia apenas algumas distinções no âmbito da locação de imóveis urbanos, a saber:

“Art. 1.º A locação do prédio urbano regula-se pelo disposto nesta Lei. (...)”

§ 2.º As locações para fins comerciais ou industriais continuam regidas pelo Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934.

§ 3.º Não proposta a ação renovatória do contrato, prevista no Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, sujeita-se a locação ao regime instituído nesta lei.

§ 4.º A locação dos prédios urbanos de propriedade da União continua regida pela legislação que lhe é própria (...).”

A norma que a sucedeu, Lei 8.245/1991, previu algumas locações que deveriam ser regidas pelo Código Civil e por leis especiais. Entre elas estão a locação de *vagas autônomas de garagem* e a de *espaços para estacionamento de veículos*, nos seguintes termos:

“Art. 1.º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta Lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações: (...)

2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos.”

O parágrafo único afirma que tais locações *continuam* reguladas pelo Código Civil e leis especiais. A Lei de 1979 não remetia ao Código Civil, e as únicas *leis especiais* que podiam incidir sobre tais locações, conforme o caso eram o Dec. 24.150/1934 (*Lei de Luvas*), revogado pelo art. 90, I, da própria Lei 8.245/1991; e a Lei 4.591/1964, que tratou de regras sobre a locação de garagens em condomínio edilício. Portanto, a primeira possível interpretação para a *continuidade* diz respeito à persistência da Lei 4.591/1964 – embora isso tenha sido alterado posteriormente pela eclosão do Código Civil de 2002, como se verá mais adiante.

Outra possível interpretação para a palavra *continuam* diz respeito à incidência da Lei 8.245/1991 sobre as locações que já estivessem em curso quando do

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

advento dessa norma. De fato, as tradicionais disposições finais e transitórias da Lei 8.245/1991 trataram somente da intertemporalidade referente às locações residenciais (arts. 77 e 78). Quanto a isso, a solução foi proposta pela Doutrina. Humberto Theodoro Jr.¹ vê no art. 76 a resposta, pois, esta norma, para ele, esta norma refere-se “tanto aos dispositivos de natureza processual como aos de direito material (...) de maneira a respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, ou seja, sem modificar cláusulas ou condições validamente estabelecidas, como fruto da autonomia de vontade e liberdade de contratar, tendo em vista a garantia fundamental contida no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal”.

José da Silva Pacheco² leciona no mesmo sentido, também sob o enfoque do princípio *tempus regit actum*, mas salienta que o regime legal anterior só incidirá enquanto não expirado o prazo definido no contrato:

“Os contratos a prazo fixo, ainda não vencidos, prosseguem, regularmente, sem interferência da nova lei, quer sejam residenciais ou não residenciais. (...)

Não se aplicam a eles as disposições de direito material da nova lei.”

Waldir de Arruda Miranda Carneiro,³ igualmente, salienta que “os direitos eventualmente adquiridos pelos contratantes se circunscrevem ao período contratual estabelecido inicialmente”.

Portanto, os contratos de locação de *vagas autônomas de garagem* ou de *espaços para estacionamento de veículos* celebrados antes da Lei 8.245/1991 sujeitam-se à legislação material da época de sua celebração (*tempus regit actum*) até que seu prazo de vigência termine. Após o termo final da vigência, eventual renovação ou prorrogação colocará o contrato sob os rigores da legislação atual, que, por força da norma sob comento, remete ao Código Civil e às leis especiais – e igual sorte recai sobre os contratos de locação que já estivessem vigentes por tempo indeterminado quando do advento da Lei 8.245/1991.

3. A LEI DO INQUILINATO E A SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.406/2002 (O NOVO CÓDIGO CIVIL)

A chegada do Código Civil de 2002 não afetou as exceções do parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.245/1991. Christiano Cassetari,⁴ com base no texto do próprio Código, observa:

1. Apud CARNEIRO, 2000, p. 687, n. 1.
2. PACHECO, 1993, p. 290.
3. Op. cit., p. 693.
4. CASSETARI, 2009, p. 58-59.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

“(...) o legislador não deixa dúvida sobre a vigência da Lei de Locação no art. 2.036, senão vejamos: ‘Art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida’. (...)”

Dessa forma, conclui-se que não houve revogação da Lei de Locação pelo Código Civil vigente desde 2002.”

Também deve ser observado que, embora a Lei 8.245/1991 tenha feito, à época, remissão ao Código Civil então vigente (o de 1916), tal remissão considera-se atualizada com a vinda do Código de 2002. Paulo Restiffe Neto⁵ observa:

“Neste ponto, emergem certas complexidades, cabendo por isso advertir que, em decorrência da regra do art. 2.046 do novo Código Civil (todas as remissões, em diplomas legislativos, ao Código Civil revogado, consideram-se feitas às disposições correspondentes do novo Código Civil), as exclusões de incidência da Lei de Locações de Imóveis Urbanos, enumeradas no parágrafo único do art. 1.º desta, continuam reguladas pelo novo Código Civil (ou por leis especiais outras), o que caracteriza, na prática, o fenômeno do reenvio: o novo Código Civil (art. 2.036) envia a disciplina às leis especiais, nelas incluída a Lei de Locações de Imóveis Urbanos; e esta (art. 1.º, parágrafo único) reenvia ou (devolve) ao mesmo novo Código Civil algumas espécies, fenômeno que incrementa o interesse na atenção ao sentido atual das regras gerais dos seus arts. 565 a 578.”

Ou seja: se o *novo* Código Civil não afetou o dispositivo que constitui o tema central deste estudo, continua a valer a exceção preconizada pela *Lei do Inquilinato*.

3.1 *Código Civil versus leis especiais*

Em estudo publicado no ano 2000, Dilvanir José da Costa⁶ listou, sinteticamente, os regimes legais de locação vigentes no Brasil, e nenhum deles trata especificamente da locação de vagas autônomas de garagem nem da locação de espaços para estacionamento de veículos.

Maria Helena Diniz,⁷ ao tratar da exceção inerente à locação de garagens e espaços para estacionamento da Lei 8.245/1991, invoca o Decreto muni-

5. RESTIFFE NETO, 2004, p. 484.

6. COSTA, 2000, p. 113.

7. DINIZ, 1997, p. 25.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

cipal 11.661/1974, de São Paulo, o qual institui a exploração, pela Emurb (Empresa Municipal de Urbanização), do estacionamento de veículos nas vias e logradouros públicos municipais – a famigerada *Zona Azul*. Contudo, *data venia*, não nos parece que tal diploma se enquadre como *lei especial* para fins do dispositivo sob comento. Primeiro, porque é discutível se a *Zona Azul* constitui verdadeiramente uma *locação*, dados os seus contornos eminentemente administrativos. Segundo, porque, se ela for considerada *locação*, pensamos que o Decreto terá maior relação com o item 2 (e não o item 1) da letra *a* do parágrafo único do art. 1.º da *Lei do Inquilinato*, porquanto as vias e logradouros públicos são bens públicos, nos termos dos arts. 98 e 99 do CC/2002.

Por fim, resta a Lei 4.591/1964, que menciona algumas regras sobre as garagens. Até o advento do Código Civil de 2002, as disposições daquela Lei incidiam nos seus exatos termos. O art. 1.º define os critérios para que uma unidade isolada (como a *garagem*) possa ser considerada *propriedade autônoma*, como será tratado no item 5.1.1 deste estudo. Já o art. 2.º trata do direito à guarda de veículos em *garagens ou locais a isso destinados*, bem como da transferência desse direito a terceiros, como se verá no item 8.3 deste estudo.

4. RAZÕES DA EXCEÇÃO LEGAL

Sylvio Capanema de Souza⁸ explica que as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos não serão regidas pela Lei 8.245/1991 por razões sociais, pois, nesses casos, as partes estão “economicamente equilibradas, o que dispensa proteção especial do legislador”.

Na verdade, sabe-se que, historicamente, a Lei 8.245/1991 tende a dar maior proteção ao locatário, ao passo que as regras locatícias do Código Civil são mais interessantes para o locador. Afinal, como lembra Dilvanir José da Costa,⁹ o regime do Código Civil define um “regime individualista e liberal nos seus efeitos típicos”.

Como se verá no item 6, essas são razões que reiteradamente têm valido como fundamentação para as decisões judiciais sobre a legislação aplicável às locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos.

8. Apud SANTOS, G. P., 2004, p. 86.

9. Op. cit., p. 124.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

5. O OBJETO DA LOCAÇÃO

Estudados os prolegômenos do tema, passa-se, agora, ao exame conceitual de *vagas autônomas de garagem* ou de *espaços para estacionamento de veículos*.

5.1 *Vagas autônomas de garagem*

O *Dicionário Houaiss* define *garagem* como “lugar destinado a abrigar qualquer tipo de veículo automóvel”. A explicação etimológica do mesmo léxico noticia que se trata de palavra original da língua francesa: *garage*, em acepção datada de 1802, é a “ação de fazer os barcos entrarem em uma doca”; em acepção de 1865, é a “ação de fazer os vagões de trem entrarem em uma estação”; e, em acepção de 1891, é o “galpão de veículos, garagem”.

Nota-se, pois, que as origens do termo afastam o primeiro ímpeto de circunscrevê-lo ao abrigo de automóveis. Assim, *garagem* também pode significar o lugar de guarda de outros veículos, como composições ferroviárias, veículos hidroviários e aeronaves, sejam, ou não, automotores. Abrange os hangares, as docas, as gares, as tradicionais garagens para carros e quaisquer outros, sempre com a característica de supor certa proteção ao veículo.

A Lei 8.245/1991 não define *garagem*. O Código de Trânsito (Lei 9.503/1997), diploma mais afim ao tema dos veículos, tampouco o faz. O Código Civil também é omissivo.

Marco Aurélio S. Viana¹⁰ define *garagem* como “o local destinado, nos edifícios coletivos, residenciais e/ou comerciais à guarda de veículos. Abrange as vagas destinadas à guarda dos veículos, as vias de acesso às vagas, os compartimentos destinados a cada um dos proprietários para guardar pneus, material de limpeza dos carros, acessórios etc.”.

No nosso conceito, a *garagem* é o lugar especificamente projetado para a guarda de veículo, situado, ou não, num imóvel mais abrangente.

No entanto, a norma ora analisada restringe o conceito de *garagem*. Não se trata de qualquer locação de *garagem*, mas apenas das *vagas autônomas de garagem*.

5.1.1 *Diversas acepções da autonomia*

O primeiro sentido possível para a autonomia é o *físico*: a vaga autônoma de *garagem* corresponderia, pois, à unidade que existe de *per se*, não constituindo mera parte de um imóvel.

10. Apud REZENDE, 2004, p. 145.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

O segundo sentido seria o da autonomia *registral*, de modo que a vaga de garagem seria autônoma na medida em que sua conformação, no registro de imóveis, fosse desvinculada de outro imóvel. Exemplificativamente, seria o caso da garagem de edifício de apartamentos residenciais em que o apartamento fosse objeto de uma matrícula, e a garagem de outra.¹¹

Um terceiro sentido para a autonomia é o *contratual*. Aqui, seria autônoma a vaga de garagem que, constituindo, ou não, parte de outro imóvel – física ou registralmente –, viesse a ser, ela mesma, e *apenas* ela, objeto de contrato de locação.

Como quarta acepção, há a garagem que é autônoma por ser passível de utilização independente, embora integre condomínio edilício. É esta a autonomia *legal*, da qual se ocuparam o art. 1.º da Lei 4.591/1964 e o art. 1.131, § 1.º, do CC/2002.

No âmbito doutrinário, existem várias classificações. Num acórdão do TJSP¹² podem ser lidas algumas:

“Na lição de Júlio Santos Vidal Jr., o abrigo para veículos pode ser identificado como: a) garagem coletiva, com fração ideal incluída na área comum do prédio, b) garagem demarcada, com local certo para cada condômino estacionar seu veículo; e c) vaga individual, individualizada e demarcada, com fração ideal de terreno específica, configurando uma unidade autônoma (‘Locação e sorteio de vagas de garagem localizadas em prédio em condomínio’. In: *Condomínio edilício*, F. A. Casconi e J. R. N. Amorim coord. São Paulo, Método, 2005) (...)

Entretanto, ‘para que a vaga de garagem seja erigida à categoria de unidade autônoma, vários requisitos devem ser observados, apontando-se, entre eles, os seguintes: a) que cada vaga corresponda a uma fração ideal de terreno; b) que haja demarcação do espaço correspondente à vaga para identificá-lo perfeitamente; c) que cada espaço seja assinalado por designação numérica com averbação no Registro de Imóveis; d) que os espaços correspondentes às vagas sejam precisamente descritos na especificação do condomínio (área, localiza-

11. Essa acepção da *autonomia* fez escola em matéria de *penhorabilidade* da vaga de garagem – vide, a respeito, no STJ, o REsp 400.371/SP, j. 06.11.2002, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. E, também, o enunciado n. 449 da Súmula daquela mesma Corte (“A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”).

12. TJSP, Ap 611.421-4/6-00, 7.ª Câ. de Direito Privado, j. 29.07.2009, rel. Des. Élcio Trujillo.

ção, confrontações etc.).’ (Elvino Silva Filho. *As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos*. São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 25) (...)

‘Se a vaga é coletiva, não há como especificá-la como unidade autônoma. Pertence a todos e por todos pode ser usada’ (J. Nascimento Franco e Nisske Gondo. *Incorporações imobiliárias*, 3. ed., n. 52, p. 72).”

Todavia, dada a natureza da Lei 8.245/1991, e dadas as particularidades que circundam as locações imobiliárias, a autonomia de que cogita a norma sob comento tem um colorido próprio, como se verá a seguir.

5.1.2 A autonomia para fins da Lei 8.245/1991

A compreensão da autonomia preconizada pela Lei 8.245/1991 decorre sobretudo do próprio espírito desse diploma. Sylvio Capanema de Souza¹³ explica:

“Quanto às vagas de garagem, a que o parágrafo único se refere, são as autônomas, ou seja, alugadas isoladamente, em casas, edifícios residenciais ou edifícios-garagem, para a guarda de veículos, sejam eles quais forem.”

Waldir de Arruda Miranda Carneiro¹⁴ dá a seguinte explicação para a *autonomia* das vagas de garagem:

“Com relação àquelas, convém observar que só as ‘autônomas’, ou seja, alugadas isoladamente, é que são excluídas da Lei do Inquilinato. As vagas de garagem que não gozarem de autonomia seguirão o regime locatício aplicável ao imóvel do qual fizerem parte.

A autonomia, saliente-se, pode ser tanto própria ao imóvel como contratual, assim como a vinculação.”

Dilvanir José da Costa¹⁵ trata da autonomia nos seguintes termos:

“O texto é claro e não comporta dúvida de interpretação. A vaga de garagem só se rege pela Lei do Inquilinato quando alugada conjuntamente com a casa, o apartamento, a sala ou a loja, como acessório ou dependência daqueles, acompanhando o respectivo regime.”

Essas classificações são calcadas em critérios eminentemente objetivos. Porém, para nós, a autonomia a que alude a Lei 8.245/1991 é *subjetivo-objetiva*.

De fato, a nosso ver, sempre deve ser levado em consideração um importante critério subjetivo: a identidade das partes. Não é somente a identidade do

13. Apud SANTOS, G. P., 2004, p. 86.

14. Op. cit., p. 14.

15. Op. cit., p. 115.

locatário que tem relevância, mas também a identidade do *locador*. Por outras palavras, pensamos que, se a locação do imóvel principal tiver como locador certa pessoa, e a locação da garagem tiver como locador outra pessoa, a unidade principal será regida pela Lei 8.245/1991 (ou por norma especial, se incidir alguma outra das exceções do seu art. 1.º, parágrafo único) e a acessória será regida pelo Código Civil.

Nossa justificativa funda-se no argumento de que, se distintos os locadores, não se estabelece uma relação de acessoriedade contratual entre a locação da garagem e a locação da unidade principal.

Em reforço dessa tese, socorremo-nos de Gildo dos Santos,¹⁶ que afirma ser indiferente que as locações dos imóveis (principal e acessório) se deem por instrumentos contratuais distintos, pois, se celebradas entre as mesmas partes, não se alterará o enquadramento jurídico:

“Por isso, à vaga em garagem pertencente ao mesmo locador do imóvel, por não se tratar de vaga autônoma, não se aplica o Código Civil (2.º TACivSP – Ap. 493.388 – 12.ª Câm. – rel. Gama Pellegrini – j. 16.10.1997 – DOE-Poder Judiciário 15.05.1998, p. 15 – Ementário 8/98).

Já a ‘garagem de edifício, quando locada isoladamente e desvinculada do aluguel da unidade residencial, submete-se à denúncia vazia’ (rel. Martins Costa – RT 629/186).”

Silvio de Salvo Venosa,¹⁷ de maneira semelhante, indica quais são as hipóteses não excluídas pela Lei 8.245/1991:

“Não se excluem as vagas ou espaços de estacionamento ligados a uma locação de imóvel. Ficam fora desta Lei especial aquelas locações exclusivamente destinadas as veículos, sem qualquer vinculação com um imóvel locado, seja este residencial ou não residencial. A vaga de garagem de um edifício locada, ainda que em contrato autônomo, mas relacionada com uma unidade predial desse edifício, por exemplo, é acessória da locação do imóvel e juntamente com essa locação deve ser tratada. A nova dicção legal não permite mais, a nosso ver, que se entenda como autônomo um ‘boxe’ de garagem contratado em separado, mas no mesmo edifício de um apartamento ou unidade não residencial locada à mesma pessoa (com esse entendimento na lei anterior: JTACSP 89/377).”

No mesmo sentido entende Kioitsi Chicuta,¹⁸ para o qual “a situação não se confunde com aquela em que a vaga é mero acessório da unidade principal ou quando integra parte comum do condomínio”.

16. SANTOS, G., 2004, p. 63.

17. VENOSA, 2010, p. 14.

18. CHICUTA, sem data.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Diante dessas razões, para a Lei 8.245/1991, será *autônoma* a vaga de garagem locada de modo isolado objetivamente (locação apenas da vaga) e subjetivamente (inexistência de locação do imóvel *principal* entre as mesmas partes), independentemente de constituir, ou não, parte de imóvel mais abrangente.

5.2 Espaços para estacionamento de veículos

O Anexo 1 do Código de Trânsito (Lei 9.503/1997) define a palavra *estacionamento* como a “imobilização de veículos por tempo superior ao necessário para embarque ou desembarque de passageiros”. Trata-se, pois, do *estacionamento* no sentido de ação ou efeito, não no de lugar. Como a Lei 8.245/1991 emprega este último sentido, tem-se que, a exemplo das vagas autônomas de garagem, não existe conceituação legal de *espaços para estacionamento de veículos*.

A lei não contém palavras inúteis, o que nos leva a pensar que há uma diferença entre *garagem* e *espaços para o estacionamento de veículos*. De maneira geral, toda *garagem* é um *espaço para estacionamento de veículos*, mas a recíproca não é verdadeira.

Como foi afirmado anteriormente, a *garagem* (ou *abrigo para veículos*, na linguagem do Código Civil) é um imóvel especificamente destinado à guarda de veículos. Por sua vez, o *espaço para estacionamento de veículos* é, no nosso entendimento, o local que, embora não propriamente destinado à guarda de veículos, vem a ser adaptado ou destinado a essa finalidade, como é o caso, por exemplo, do terreno que se arranja para a colocação de veículos.

6. PARA ALÉM DA LITERALIDADE: A RATIO DA EXCEÇÃO FEITA PELA LEI 8.245/1991

Até o item acima, foi aplicada a exegese literal para compreensão dos dizeres do art. 1.º, parágrafo único, *a*, item 2, da Lei 8.245/1991. No entanto, a jurisprudência, com arrimo em fortes vozes da doutrina, deu-lhe interpretação que transcende a mera literalidade, e prevalece o entendimento de que tal norma “não pode ser interpretada em sua forma gramatical”.¹⁹

Basicamente, o entendimento consolidado é o de que merecem o tratamento da Lei 8.245/1991 apenas as hipóteses que ela, efetivamente, busca proteger.

19. TJRJ, Ap 2005.001.00901, 4.ª Câ. Civ., j. 03.05.2005, rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Gildo dos Santos²⁰ sintetiza bem essa ideia: como as locações de vagas autônomas de garagens ou de espaços para estacionamento de veículos não são residenciais nem comerciais,²¹ não há razão para que se subsumam ao regramento da Lei 8.245/1991.

No entanto, há, sim, locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos que podem ser consideradas especiais, e, portanto, sujeitas às regras da Lei 8.245/1991.

Assim, a locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos pode ser classificada em diversas categorias, conforme as características envolvidas. Constatamos serem dois os critérios usuais, como segue.

6.1 Primeiro critério: o acessório segue seu principal

O critério classificatório mais simples é dado pelo princípio *accessorium sequitur principale*. Sylvio Capanema de Souza,²² após mencionar as exceções da norma sob comento, explica:

“É claro que aí não se incluem aquelas vagas que se incorporam à unidade residencial ou comercial, e que são locadas como parte integrante do mesmo contrato, e que obedecem ao princípio de que o acessório segue o principal.”

É simples: se a vaga autônoma de garagem ou o espaço para estacionamento constituir verdadeiro acessório de outro imóvel (apartamento, loja, *conjunto comercial* etc.) sujeito ao regime especial da Lei 8.245/1991, e for locado conjuntamente – entenda-se: entre as mesmas partes, por instrumento contratual único ou por instrumentos distintos – será sujeito à mesma disciplina jurídica do imóvel principal.

Assim, se a locação principal for residencial (arts. 46 e 47), para temporada (arts. 48 a 50) ou qualquer das não residenciais (arts. 51 a 57), a locação conjunta da vaga autônoma de garagem ou do espaço para estacionamento de veículos que a integra, por um mesmo instrumento contratual ou por instrumentos contratuais distintos, e desde que entre as mesmas partes, será tratada como sua parte acessória, sujeitando-se, então, ao mesmo regime legal da principal.

20. Op. cit., p. 62.

21. Há, em verdade, outras modalidades locatícias peculiares que defluem desses dois grandes gêneros: locação para temporada, locação para instalação de estabelecimentos de saúde etc.

22. Apud SANTOS, G. P., 2004, p. 86.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

6.2 Segundo critério: destinação comercial do imóvel

É tradicional a relevância da destinação dada ao imóvel nas locações.

Em matéria de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos, tem-se entendido que, se sua locação constituir *elemento de empresa*, por estar vinculada ao *fundo de comércio*, ter-se-á verdadeira hipótese de locação não residencial (arts. 51 a 57 da Lei 8.245/1991).

Com isso, essas locações foram *reinseridas* – doutrinária e jurisprudencialmente – no regime especial da Lei 8.245/1991, porque, essencialmente, são locações merecedoras da peculiar proteção desse diploma. Não se trata, portanto, da destinação do imóvel que, conforme a *praxis*, costuma ser registrada em cláusula de estilo, mas sim da natureza da coisa dada em locação. Tem primazia a *realidade*, não a *formalidade*. Alfredo Buzaid²³ abordou esse tema:

“O locatário que, fundando ou mantendo um estabelecimento comercial ou industrial em imóvel alheio, torna conhecido o respectivo local, para ele atraindo vultuosa clientela, à custa de pertinaz propaganda e de porfiados esforços, contribui em larga escala para a valorização, para o aumento de seu valor locativo e do próprio valor venal. A propriedade comercial, abrangendo todo esse conjunto de elementos materiais e imateriais, que formam o chamado fundo de comércio, é protegida em numerosos países contra o enriquecimento exagerado do proprietário, pois sem essa proteção legal perdera o locatário, vítima de novas luvas extorsivas no fim de cada período contratual, ou de expulsão sumária, todo o fruto desse seu ingente trabalho e esforçadíssima cooperação. A preferência do arrendatário à renovação do contrato de locação de imóvel ocupado por estabelecimento de comércio ou de indústria, é, pois, um direito que lhe deve ser reconhecido de modo expresso por amor aos princípios da mais elementar justiça.”

Joaquim de Almeida Baptista²⁴ cita alguns exemplos dessas locações merecedoras da proteção da Lei 8.245/1991:

“O empresário que num terreno instala uma empresa destinada a explorar o aluguel de vagas autônomas e de espaços para estacionamento; o comerciante que aluga um terreno para nele seus clientes estacionarem seus veículos; um banco que aluga um espaço para que seus usuários utilizem-no para estacionamento, estão (o empresário e o banco) ao abrigo da Lei 8.245. Podem valer-se da ação renovatória. Como o locador, podem usar da ação revisional e do direito de retomada.”

23. BUZAID, 1981, p. 129.

24. BAPTISTA, sem data.

No entanto, ainda no que diz respeito ao fundo de comércio, o Tribunal de Justiça de São Paulo,²⁵ já fez a seguinte observação:

“A dúvida sobre a constituição do fundo de comércio no imóvel locado deve ser resolvida com a produção de provas, especialmente a pericial. É que em alguns casos a empresa que explora o estacionamento pode funcionar como mera prestadora de serviços, ou seja, explora a garagem ou estacionamento do próprio empreendimento em favor dos clientes e do negócio do locador. Em outros casos, quando a atividade desenvolvida cria em favor do locatário uma clientela, não se afasta a existência do fundo de comércio, que deve ser protegido com o direito à renovação do contrato de locação.”

A nosso ver, essa observação sugere que a *exclusividade* da clientela seria o critério para a sujeição, ou não, aos termos da Lei 8.245/1991. Ou seja: se o estacionamento receber *exclusivamente* os veículos dos usuários de certo estabelecimento, numa relação de verdadeira terceirização dos serviços de estacionamento, não haverá o fundo de comércio *próprio* do estacionamento. Se, em contrapartida, o estacionamento receber os veículos dos usuários do estabelecimento, mas também de terceiros, estará formada a clientela a que alude o excerto acima transcrito.

Não nos parece, entretantes, que esse seja o melhor critério. Afinal, independentemente da caracterização da exclusividade (terceirização de serviços de estacionamento), é difícil negar a natureza *empresarial* da atividade de estacionamento em tais condições.

Vale observar que, durante algum tempo, houve decisões judiciais que defenderam a natureza não comercial dos estabelecimentos de estacionamento. Seriam, então, prestadores de serviços. Isso ocorreu no regime anterior ao da Lei 8.245/1991, como se verifica, por exemplo, nos seguintes julgados do extinto 2.º TACivSP:

“Locação – Renovatória – Carência – Sociedade civil prestadora de serviços – Imóvel destinado a exploração de garagem e estacionamento – Atividade não considerada mercantil” (Ap 131.930, 1.ª Câ., j. 05.10.1981, rel. Juiz Mohamed Amaro).

“Locação – Renovatória – Terreno – Estacionamento de veículos – Atividade de natureza civil – Inexistência de fundo de comércio – Ação improcedente” (Ap 151.359, 2.ª Câ., j. 11.04.1983, rel. Juiz Moraes Salles).

“Locação – Renovatória – Estacionamento de veículos – Espécie de exploração que não caracteriza atividade comercial, mas prestação de serviços – Ex-

25. TJSP, Ap 1251655-0/2, 26.ª Câ., j. 14.04.2009, rel. Des. Norival Oliva.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

tinção do processo decretada” (Ap 249.759-7, 7.^a Câ., j. 05.12.1989, rel. Juiz Demóstenes Braga).

“Locação – Renovatória – Estacionamento de veículos de banco – Espécie de exploração que não caracteriza atividade comercial, mas prestação de serviços, não integrando o fundo de comércio – Extinção do processo – Inteligência do art. 2.^o, c, do Dec. 24.150/1934” (Ap 303.842-3/00, 1.^a Câ., j. 02.12.1991, rel. Juiz Souza Aranha).

No entanto, a jurisprudência evoluiu em face da legislação superveniente e dilatou o conceito de *fundo de comércio* para fins locatícios. É marcante, a propósito, o que constou de acórdão do então 2.^o TACiSP:²⁶

“Locação – Renovatória – Estacionamento, lubrificação e lavagem de veículos – Admissibilidade – Formação de clientela em decorrência da atividade desenvolvida a configurar o ponto comercial. (...)”

Há de ser lembrado que a jurisprudência, em sua função profícua de revelar o direito perante novas exigências sociais e às variações axiológicas da lei, tem procurado alargar o conceito do fundo de comércio e indústria com o fim de possibilitar a incidência da lei especial.

E desde o advento da Lei de Luvas, as fortes mudanças sofridas pela evolução das atividades produtivas e impostas especificamente na área de prestação de serviços, autoriza o reconhecimento de fundo de comércio de certas atividades, entre elas a que ora está sendo objeto de discussão, que merecem abrigo dessa lei regulamentadora da locação puramente comercial.”

Pelas razões apresentadas, pensamos que, se o locatário pretender explorar empresarialmente a atividade de garagem ou estacionamento, a locação deverá ser regida pela Lei 8.245/1991, pois haverá um fundo de comércio apto a suscitar a proteção legal inerente às locações *não residenciais*.

É preciso, no entanto, que fique bem que, aqui, a relação merecedora da proteção é a existente entre o locador (via de regra, o proprietário do imóvel) e o locatário (a sociedade empresarial ou o empresário individual), e não a que se estabelece entre este último e sua freguesia (os possuidores dos veículos).

7. REPERCUSSÕES

É intuitivo que a locação regida pelo Código Civil não seja afetada pelas normas da Lei 8.245/1991.

26. 2.^o TACivSP, Ap 332.152/5-00, 2.^a Câ., j. 15.03.1993, rel. Juiz Acayaba de Toledo.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Discordamos de Maria Helena Diniz,²⁷ que, aparentemente, sugere que a locação, nessas condições, seria regida pelo Código Civil e, simultaneamente, daria ao locatário direito a benefício previsto na Lei 8.245/1991:

“A locação de terreno para guarda de automóveis poderá incluir-se na proteção da novel norma inquilinária desde que o estacionamento esteja anexo a bancos ou lojas, funcionando como verdadeira extensão destes, sendo elementos asseguradores do fundo de comércio a ser tutelado legalmente, dando-se assim ao locatário o direito à renovatória, embora o contrato locatício se subordine ao direito comum.”

No nosso entendimento, não existe razão para que se sustente a regência simultânea da locação por dois diplomas tão distintos; seria um *tertium genus* que apenas fomentaria confusões e dificuldades exegéticas.

Mesmo assim, existem decisões judiciais que defendem hibridismos dessa ordem. Deveras, há quem entenda que o *nomen* da ação destinada à retomada do bem (locado sob o regime do Código Civil) é *ação de despejo*. Tal ação seria de procedimento comum (ordinário ou sumário, conforme o caso; seria até discutível a aplicação da Lei 9.099/1995). José Guy de Carvalho Pinto²⁸ pensa assim:

“Se é vero ter sido renovado o Código de Processo Civil de 1930, no que entendia com o procedimento das ações de despejo desajustadas da atual Lei do Inquilinato, convence-nos nada impedir o recurso a essa ação, a mais apropriada para executivamente desalojar pessoas e coisas, quando voluntariamente cedida a posse direta de imóvel, ou parte dele, por contrato de locação, mesmo que não regida por diploma especial. Prevalecerá o rito ordinário com as prescrições gerais do Código de Processo Civil.”

Entretanto, parece-nos que a confusão está na nomenclatura. Sabe-se que, observados certos limites, as ações podem ser *batizadas* ao alvedrio do redator. Pouco importará a designação; seu objeto é que será o verdadeiro definidor da natureza processual e das normas rituais aplicáveis. É por isso que, na nossa opinião, imperativos de clareza recomendam que se designe como *ação de despejo* apenas aquela prevista na Lei 8.245/1991, tal como fez o legislador. Sobre a retomada do imóvel locado pelo regime do Código Civil, o então TAMG invocou o seguinte ensinamento de Sylvio Capanema de Souza:²⁹

27. Op. cit., p. 24-25.

28. Apud CERVEIRA, 2006.

29. TAMG, AgIn 415.479-6, 3.^a Câm. Civ., j. 10.09.2003, rel. Juiz Mauro Soares de Freitas.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

“Como, então, poderá o locador recuperar a posse do imóvel, diante do término do prazo avençado, ou do inadimplemento do locatário?”

A resposta tem de ser procurada à luz do regime comum, e não da legislação especial, que não se aplica à espécie. Em se tratando de infração legal e/ou contratual, cometida pelo locatário, como, por exemplo, o não pagamento pontual dos aluguéis e encargos, a ação cabível seria a ordinária, de rescisão de contrato, cumulada com reintegração de posse e perdas e danos, ficando, desde logo, afastada a faculdade de emenda da mora, não prevista no regime comum.

Se ao locador não mais convier manter a locação, deverá notificar, premonitivamente, o locatário, para que, ao término do prazo do contrato, o desocupe. Persistindo o locatário no imóvel, ao arrepio da vontade do locador, a ação cabível para recuperá-lo, é a possessória, já que a presença do ocupante, após o término do prazo do contrato, ou da notificação, caracteriza esbulho.”

Enfim, estamos em que a locação regida pelo Código Civil escapa à incidência das normas da Lei 8.245/1991.

8. O CÓDIGO CIVIL E A LOCAÇÃO DAS GARAGENS EM CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Analisada a remissão que a Lei 8.245/1991 faz ao Código Civil, passa-se ao exame pontual das disposições deste.

8.1 *O Código Civil de 2002 e a Lei 4.591/1964*

O Código Civil de 2002 trouxe regras sobre temas que, até então, eram tratados pela Lei 4.591/1964.

Como o Código (art. 2.045) não revogou expressamente aquela Lei, muito se discute a vigência desta. Ricardo Fiuza, relator do processo legislativo que gerou o Código Civil, afirma que, entre os artigos da Lei 4.591/1964 referentes ao condomínio, só não têm equivalência no Código de 2002 os arts. 5.º, 8.º, 9.º (§§ 3.º e 4.º) e 11, e diz:³⁰

“Concluindo, a Lei 4.591/1964 foi derogada pelo Código Civil, não mais se aplicando as normas atinentes aos condomínios por unidades autônomas, à exceção do art. 8.º e do § 4.º do art. 9.º, que trata dos condomínios de casas, além do § 3.º do art. 9.º, que cuida do conteúdo da convenção, por força do art. 1.332 do Código. A outra parte, que regulamenta as incorporações, arts. 28 a 68, continua em vigor.”

30. FIUZA, 2008, p. 818.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Carlos Alberto Dabus Maluf,³¹ que critica a insuficiência do art. 2.045 do CC/2002, também entende que os arts. 1.º a 27 da Lei 4.591/1964 foram superados pelo Código de 2002. Da mesma forma entende Rodrigo Azevedo Toscano de Brito.³²

Diversamente, Francisco Loureiro³³ não especifica quais dispositivos da referida Lei teriam sido superados pelo novel Código:

“A primeira questão a ser examinada é o atual regime jurídico do condomínio edilício, em especial a revogação, ou não, ou em que medida, da Lei 4.591/1964 pelo Código Civil de 2002, que é lei geral, ao passo que a lei de condomínio e incorporações é especial. Não prevalece, porém, o princípio da especialidade, porque a lei geral trata da mesma matéria, voltada aos mesmos destinatários. A situação jurídica é a mesma, sem qualquer *discrimen* que justifique a aplicação de regra especial à categoria distinta. Por isso, o Código Civil de 2002 derogou a Lei 4.591/1964 em tudo aquilo que com ela conflitasse. Os arts. 28 e ss. da lei especial, voltados à disciplina da incorporação imobiliária, estão em plena vigência, uma vez que tal negócio jurídico não foi objeto de regramento distinto no Código Civil de 2002. Resta apenas saber, no tocante aos arts. 2.º ao 27, se houve derrogação ou ab-rogação da lei especial pelo atual Código. Embora haja entendimento divergente a respeito, a melhor posição é no sentido de que houve simples derrogação, podendo as regras da lei especial ser aplicadas de modo supletivo nas lacunas do Código Civil de 2002, desde que não conflitem com os princípios ou as regras posteriores. Prova disso é que o próprio art. 1.332 (...) dispõe que em relação à instituição do condomínio edilício se aplicam não somente as regras do próprio Código Civil como também o disposto em lei especial.”

No mesmo sentido disserta Hélio Lobo Jr.³⁴

Parece, pois, prevalecer o entendimento de que houve sua *derrogação* (ou *revogação parcial*), de maneira tácita. Assim, permanecem vigentes apenas as disposições daquela Lei que não conflitam com o novo Código.

8.2 O art. 1.331 do CC/2002

No que interessa a este estudo, a primeira norma do Código Civil de 2002 digna de atenção é o art. 1.331, que dispõe:

31. MALUF, 2002, p. 63.

32. BRITO, 2002, p. 62.

33. LOUREIRO, 2011, p. 1360-1361.

34. LOBO JR., 2003, p. 23.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

“Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1.º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

§ 2.º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3.º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 4.º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5.º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.”

Essa norma, no que diz respeito às vagas de garagem em condomínio, revogou, com vantagem, os dispositivos da Lei 4.591/1964 que tratavam especialmente da *propriedade*, com destaque para as regras de *alienação*.

Antes do advento da atual redação do § 1.º do art. 1.331, dada pela Lei 12.607 (de 04.04.2012), Nagib Slaibi Filho³⁵ identificou interessante questão: a possibilidade de, em havendo proibição na convenção do condomínio (anterior ao Código Civil de 2002), o proprietário do apartamento locar somente sua vaga de sua garagem, ou seja, sem locar o apartamento conjuntamente. Para aquele autor, a resposta é positiva, pois “inexiste direito adquirido em face de normas estatutárias”. O STJ também se orienta pela imediata aplicação do regime do novo Código Civil, dada a natureza estatutária da convenção de condomínio.³⁶

35. Slaibi Filho, 2003.

36. STJ, REsp 663.436/SP, 3.ª T., j. 16.03.2006, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. No mesmo sentido: STJ, REsp 701.483/SP, 4.ª T., j. 17.03.2005, rel. Min. Jorge Scartezzini.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Portanto, se o Código Civil institua a regra da *utilização independente das partes exclusivas*, eventual texto convencional em sentido contrário perdia sua eficácia, de pleno direito.

No entanto, sobreveio um temperamento legal: trata-se da restrição prevista na parte final do § 1.º, criada pela Lei 12.607, de 04.04.2012. Ao agregar essa restrição ao parágrafo, o legislador criou restrições à locação para *pessoas estranhas ao condomínio*.

A expressão *pessoas estranhas ao condomínio* é bastante feliz. É melhor do que *condômino, tout court*, que exclui, na sua literalidade, os demais ocupantes e usuários do edifício, como é o caso dos locatários, comodatários, usufrutuários etc. De fato, se o escopo da lei foi privilegiar a segurança do edifício, como se constata dos registros do processo legislativo,³⁷ é natural que as *pessoas estranhas* a ele sejam aquelas que não circulam normalmente por suas dependências.

A ressalva que a nova norma faz diz respeito à previsão, na convenção de condomínio, da permissão de locação dos abrigos para veículos às tais *pessoas estranhas*. A convenção, portanto, poderá conter disposição autorizadora, desde que seja expressa (estreme de dúvidas).

8.3 O art. 1.338 do CC/2002

O art. 2.º da Lei 4.591/1964 já tratava do direito à guarda de veículos em *garagens ou locais a isso destinados* nos condomínios edilícios, bem como da *transferência* desse direito a terceiros, nos seguintes termos:

“Art. 2.º Cada unidade com saída para a via pública, diretamente ou por processo de passagem comum, será sempre tratada como objeto de propriedade exclusiva, qualquer que seja o número de suas peças e sua destinação, inclusive (*vetado*) edifício-garagem, com ressalva das restrições que se lhe imponham.

§ 1.º O direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados nas edificações ou conjuntos de edificações será tratado como objeto de propriedade exclusiva, com ressalva das restrições que ao mesmo sejam impostas por instrumentos contratuais adequados, e será vinculada à unidade habitacional a que corresponder, no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno.

37. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AAAC96B5CE6CBC3A952AB9D65C97F8AF8.node2?codteor=893153&filename=Avulso+-PL+7803/2010]. Acesso em: 06.05.2013.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

§ 2.º O direito de que trata o § 1.º dêste artigo poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio.

§ 3.º Nos edifícios-garagem, às vagas serão atribuídas frações ideais de terreno específicas.”

Numa interpretação literal, o § 2.º do art. 2.º, acima transcrito, vedava a *transferência*, a estranhos (não condôminos) do direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados. Por conseguinte, em matéria de *locação*, somente permitia que o condômino locasse sua garagem a outro condômino, mas não a terceiros.

No entanto, essa interpretação literal logo foi confrontada por novos entendimentos segundo os quais não havia sentido em reconhecer a autonomia da vaga de garagem, e, ao mesmo tempo, vedar sua locação a não condôminos. Como escreveu J. Nascimento Franco –³⁸ na vigência da Lei de 1964 e do Código de 1916, e antes da Lei 8.245/1991 – “a vaga (ou boxe) especificada como unidade autônoma pode ser alienada, onerada, alugada ou emprestada a pessoa não titular de qualquer unidade autônoma do edifício”. Houve, ainda, o argumento de que o condômino somente estaria proibido de locar sua vaga de garagem a estranhos (não condôminos) se houvesse expressa proibição na convenção do condomínio, ou em decisão assemblear.

Foi nesse quadro de divergências que adveio o art. 1.338 do CC/2002, o qual debelou parte dessa discussão:

“Art. 1.338. Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores.”

Essa foi mais uma das diversas disposições do Código Civil de 2002 inspiradas na jurisprudência, mas com redação insatisfatória. Realmente, o art.1.338 não aludiu à convenção nem à assembleia, e, com isso, instaurou-se discussão sobre a prevalência, ou não, de eventual vedação convencional ou assemblear.

O principal argumento a defender a supremacia da convenção ou da assembleia baseia-se nas particularidades do condomínio enquanto instituição jurídica. Hélio Lobo Jr.³⁹ explica que “a interpretação do tema sempre deverá levar em consideração a própria existência e finalidade do complexo condominial, sem permitir que interpretações literais de dispositivos possam comprometer o instituto”.

38. FRANCO, 1988, p. 43.

39. Op. cit., p. 31.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

O enunciado 91 das *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal⁴⁰ (que, embora faça referência ao art. 1.331, trata do tema do art. 1.338) dispôs:

“91 – Art. 1.331 – A convenção de condomínio ou a assembleia geral podem vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos a estranhos ao condomínio.”

Élcio Nacur Rezende⁴¹ escreveu o seguinte:

“Conclui-se, balizado na doutrina, que, caso deseje um condômino alugar vaga de garagem que lhe pertença, deverá inicialmente oferecê-la aos demais compossuidores e, somente se não lhes interessar, poderá alugá-la a estranhos, e desde que não haja vedação na convenção ou em virtude de decisão assemblear.”

Assim também doutrinam Hélio Lobo Jr⁴² e Leandro de Souza Godoy.⁴³

No entanto, Élcio Nacur Rezende⁴⁴ ressalva duas hipóteses nas quais esse raciocínio não incide. Primeiro, não incide sobre garagens de uso comum, isto é, “quando não existe divisão discriminada das vagas em relação às unidades. Dessa forma, quando tratar-se de garagem ‘pro-indiviso’, ou seja, aquelas cujo uso é franqueado a todos os condôminos igualmente, deverá a convenção ou regimento interno regular a sua utilização”. João Batista Lopes⁴⁵ também lembra que as vagas indeterminadas não constituem unidades autônomas. Segundo, não incide sobre os edifícios-garagem, “pois nesses, cada vaga de garagem deve ser entendida como unidade autônoma, assim como apartamentos, lojas, salas etc.”.

Havia, naturalmente, os defensores da tese de que o art. 1.338 do CC/2002 suplantou o entendimento antigo, de maneira a permitir que o condômino alugasse sua vaga de garagem a estranhos. É como pensa Rodrigo Azevedo Toscano de Brito,⁴⁶ que vê no dispositivo do Código uma *inovação*.

Porém, o surgimento da nova redação do § 1.º do art. 1.331 (dada pela Lei 12.607, de 04.04.2012) afetou significativamente todo esse panorama. Com

40. Disponíveis em: [www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/?searchterm=jornadas]. Acesso em: abr. 2011.

41. Op. cit., p. 146.

42. Op. et loc. cit.

43. GODOY, 2008, p. 133.

44. Op. cit., p. 147-148.

45. LOPES, 2003, p. 58.

46. Op. cit., p. 63.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

efeito, o novo texto desse dispositivo, como já anteriormente comentado aqui, estatuiu que a locação da *área no abrigo para veículos* somente poderá ser feita a *pessoas estranhas ao condomínio* se – e somente se – a convenção do condomínio assim permitir de maneira expressa.

8.4 Os arts. 1.336, § 2.º; e 1337, do CC/2002

Por fim, duas outras regras do Código Civil de 2002 devem ser comentadas, a saber:

“Art. 1.336. São deveres do condômino: (...)”

§ 2.º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por 2/3 (dois terços) no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa. (...)

Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.”

A primeira constatação é de que o art. 1.336, § 2.º, refere-se apenas ao *condômino*, ao passo que o art. 1.337, tanto no *caput* quanto no parágrafo único, distingue entre o *condômino* e o *possuidor*. Ora, no contexto deste estudo, o *condômino* corresponde ao *locador*, enquanto que o *possuidor* corresponde ao *locatário*. Isso significa que as sanções previstas nesses dispositivos têm destinatários específicos, como explica Nagib Slaibi Filho:⁴⁷

“Em locação autônoma ou acessória de vaga de garagem em condomínio edilício, se esta se apresentar nociva aos demais condôminos ou compossuido-

47. Op. cit.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

res, o locador estará submetido às sanções do § 2.º do art. 1.336, e ele e o seu inquilino, possuidor direto da vaga, às sanções do art. 1.337.”

A propósito dessa diferenciação entre condômino e locatário, vale a citação de interessante trecho de um acórdão do TJSP:⁴⁸

“O morador da unidade, seja a que título for, tem os direitos inerentes a seu uso, descabendo ao condomínio distingui-lo ou classificá-lo de acordo com a natureza de sua posse, mormente estando em dia com suas obrigações.

E isso porque, a uma, a massa condominial é terceira em relação ao negócio jurídico determinante da posse na unidade residencial (cf. *RT*, vol. 648/109 e *JTACivSP*, Editora Revista dos Tribunais, vol. 96/113) e, a duas, porque o possuidor tem o *status* do titular do domínio, traduzindo manifesta quebra ao princípio da isonomia seja ele discriminado.”

Isso quer dizer que, essencialmente, os direitos cabentes ao condômino, relativamente à utilização da garagem, aproveitam ao locatário desta. Nesse mesmo sentido, Eduardo Kraemer⁴⁹ entende que o art. 24, § 4.º, da Lei 4.591/1964 – que dá ao *locatário* de unidade condominial o direito de voto nas assembleias, se ausente o condômino-locador, exceto em matéria de despesas extraordinárias – permanece em vigor.

9. CONCLUSÕES

São diversas as nuances que as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos envolvem.

Os rumos que doutrina e jurisprudência vêm delineando para o tratamento jurídico mais adequado dessas locações tornam o seu estudo complexo e de difícil sistematização, principalmente por conta das possibilidades fáticas e suas infundáveis variações.

Seria muito oportuna a atualização e a consolidação dos textos legais aqui comentados, a fim de fazerem refletir com exatidão as regras que devem ser aplicadas a tais locações.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Locação – Terrenos vagos para estacionamento de carros*. Disponível em: [www.almeidabaptista.adv.br/editor/Media/terrenos-vagos-locacao.doc]. Acesso em: jan. 2011.

48. TJSP, Ap 4.757-4, 5.ª Câm. de Direito Privado, j. 12.06.1997, rel. Des. Ivan Sartori.

49. KRAEMER, 2006, p. 227.

SANTOS, Samuel Belluco Silveira. A locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 59-83. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

- BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Contornos do condomínio edilício no novo Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 25. p. 60-67. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. vol. 1.
- CARNEIRO, Waldir de Arruda. *Anotações à Lei do Inquilinato*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- CASSETARI, Christiano. O Código Civil e a Lei de Locações. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. n. 60. p. 58-69. jul.-ago. 2009.
- CERVEIRA FILHO, Mário; CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri. A problemática envolvendo o desalijo de empresa que explora o estacionamento de veículos em edifícios. *Diário das Leis Imobiliário*. n. 5. ano XXVI. 2.º decêndio. fev. 2006. Disponível em: [www.cerveiraedornellas.com.br/a_problemativa_envolvendo.htm]. Acesso em: jan. 2011.
- CHICUTA, Kioitsi. A locação de imóvel urbano e o registro de imóveis. Disponível em: [www.stac.sp.gov.br/cedes/trab-juridicos/cedes-trab-32.htm]. Acesso em: dez. 2010.
- COSTA, Dilvanir José. O sistema da locação predial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. n. 148. ano 37. p. 113-126. out.-dez. 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de imóveis urbanos comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FIUZA, Ricardo. *Direito civil – Curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FRANCO, João Nascimento. *Condomínio em edifícios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- GODOY, Leandro de Souza. Do condomínio edilício. In: BRANDÃO, Débora Vanessa Caús (coord.). *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 4.
- KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Wolfgang Ingo (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LOBO JR., Hélio. Condomínio edilício e o novo Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 26. p. 22-34. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2003.
- LOPES, João Batista. *Condomínio*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- LOUREIRO, FRANCISCO Eduardo. In: PELUSO, César (coord.). *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2011.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. O condomínio edilício no novo Código Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Revista do Advogado*. n. 68. ano XXII. p. 61-69. dez. 2002.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus procedimentos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- RESTIFFE NETO, Paulo. A locação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Ed. LTR, 2003.

- REZENDE, Élcio Nacur. *Condomínio em edifícios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Gilberto Pinto dos. Locação de espaços: *shopping center*, eventos, quiosques, altos de edifícios, espaços publicitários e vagas de garagem. In: CASCONI, Francisco Antônio; AMORIM, José Roberto Neves (coords.). *Locações – Aspectos relevantes – Aplicação do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004.
- SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- SLAIBI FILHO, Nagib. As leis que regem as locações de prédio urbano no novo Código Civil. *Jus Navigandi*. n. 62. ano 8. Teresina, 01.02.2003. Disponível em: [<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3791>]. Acesso em: 10.01.2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada – Doutrina e prática – Lei n. 8.245, de 18.10.1991*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A locação de terrenos vagos para estacionamento de carros, de Joaquim de Almeida Baptista – RT 678/260 (DTR\1992\406);
- As vagas de garagem, de Frederico Henrique Viegas de Lima – RDI 28/49 (DTR\1991\308);
- Vaga de garagem, de Cypriano Lopes Feijó – RDI 8/164 (DTR\2011\3116);
- Vaga de garagem. Penhora. Execução fiscal. Impenhorabilidade por se tratar de uma extensão do bem de família. Normas condominiais, ademais, que vedam a transferência de vagas a pessoas estranhas ao condômino, de Franciulli Netto – RDI 58/310 (DTR\2011\4171); e
- Vagas de garagem em condomínio, de A. B. Cotrim Neto – RDI 4/37 (DTR\1979\122).

A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS À SOCIEDADE

THE REAL ESTATE TRANSFERENCE TO SOCIETY

FLÁVIO CASSEL JÚNIOR

Especialista em Direito Notarial e Registral. Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito pela UniSC. Tabelião de Notas de Candelária/RS.
fcj@via-rs.net

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma profunda mudança no conceito das sociedades, eis que a novel legislação rompeu com a antiga distinção entre sociedades civis e mercantis, que tinham por alicerce o critério material da prática de atos comerciais. Tais alterações irradiaram seus efeitos para além do direito empresarial, provocando mudanças no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e no Registro Imobiliário. O presente artigo possui como objetivo analisar as referidas mudanças e apresentar as principais questões controvertidas sobre a transferência de imóveis para a formação do capital social de uma sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade – Sociedade simples – Sociedade empresária – Escritura pública – Registro – ITBI – Laudêmio.

ABSTRACT: When the Brazilian Civil Code came into force in 2002, there was a deep change in the concept of societies. The new law broke with the old differentiation between civil and mercantile societies, which had as a foundation the material criterion of practice of commercial acts. Such alterations cast their effects to beyond the business law, provoking changes in the Civil Registry of Legal Entities and land registry. The present article aims at analyzing such changes and presenting the main controversial issues about the real estate transference to the building or social capital in a society.

KEYWORDS: Society – Simple society – Business company – Public deed – Registry – ITBI – Laudêmio.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breves considerações a respeito da sociedade: 2.1 Da diferenciação entre sociedade empresária e sociedade simples; 2.2 Sociedades simples e empresárias e os tipos societários; 2.3 Do registro das sociedades empresárias e simples; 2.4 Da empresa individual de responsabilidade limitada – 3. Do capital social – 4. Da transferência de imóveis às sociedades empresárias e simples, para formação do capital social: 4.1 Da transferência de bens imóveis de sociedade empresária a sócio – 5. Dos atos praticados no registro de imóveis: 5.1 Do ato de registro; 5.2 Do ato de averbação; 5.3 Do registro dos atos de formação de capital social; 5.4 Do registro dos atos de cisão e fusão; 5.5 Da averbação dos atos de incorporação total de empresa – 6. Do Imposto de Transmissão – 7. Do pagamento de laudêmio – 8. Conclusões – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo apresentar as principais questões controvertidas sobre a transferência de imóveis para a formação do capital social de uma sociedade.

Para uma perfeita compreensão do tema proposto serão analisados primeiramente os conceitos de sociedades empresárias e de sociedades simples, também denominadas de não empresárias. A distinção entre estas sociedades será de fundamental importância para o presente estudo, bem como a compreensão dos diversos tipos societários e da empresa individual de responsabilidade limitada.

Nesse contexto será abordado o conceito de capital social e a sua importância para a sociedade, bem como o fenômeno da sua formação, e a maneira com que ocorre o seu aumento, a sua redução e por fim a extinção de seu capital social.

Após essas considerações preliminares serão abordadas as formas de transferências de imóveis para as sociedades, para fins de formação do capital social, objetivando compreender o campo de incidência da norma prevista no art. 64 da Lei 8.934/1994 e, principalmente, quando poderá ser utilizado o instrumento particular e quando é necessário o instrumento público, confrontando a referida norma com o art. 108 do CC/2002.

O presente estudo trabalhará à luz da Lei 6.015/1973 as principais questões registras que envolvem a matéria, principalmente a diferenciação de quando o ato será objeto de registro e de quando será objeto de averbação.

Por fim, serão abordadas as principais questões tributárias que envolvem a transferência de imóveis às sociedades para a formação do seu capital social e as hipóteses de incidência e de não incidência do Imposto de Transmissão. Neste tópico, também será analisada a necessidade de pagamento de laudêmio nas transferências de terreno de marinha para integralização de capital social.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA SOCIEDADE

Para uma perfeita compreensão do tema proposto, analiso preliminarmente o conceito de sociedade adotado pelo Código Civil.

Extrai-se do disposto no art. 981 do CC/2002¹ que o contrato de sociedade é um negócio bilateral ou plurilateral por meio do qual duas ou mais pessoas,

1. O art. 981 do CC/2002 assim determina: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício

naturais ou jurídicas, ajustam entre si a constituição de uma sociedade, que poderá, ou não, ter personalidade jurídica.

Da referida norma ainda extraem-se os elementos necessários à formação de uma sociedade, quais sejam: (a) a existência de duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas; (b) reunião de capital e trabalho (fatores da produção); (c) atividade econômica (em oposição a atividades de mero gozo, ou filantrópicas); (d) fins comuns (inerentes ao exercício da atividade por várias pessoas em conjunto), e (e) partilha dos resultados (decorrência do exercício em comum).

Note-se que a personificação da sociedade, não é um elemento necessário a todas as sociedades, haja visto a existência das sociedades em comum previstas nos arts. 986 a 990 do CC/2002.

2.1 *Da diferenciação entre sociedade empresária e sociedade simples*

Com a entrada em vigor do novo Código Civil houve uma profunda mudança no conceito das sociedades, eis que a novel legislação rompeu com a antiga distinção entre sociedades civis e mercantis, que tinha por alicerce o critério material da prática de atos comerciais.

O atual Código Civil estabelece o binômio entre sociedade empresária e sociedade simples, também designada de sociedade não empresária, o que, de certo modo, substitui a divisão anterior das sociedades civis e comerciais.

Dispõe o Código Civil, através do art. 982, que a sociedade empresária é a que exerce atividade própria de empresário.² Já o art. 966 do CC/2002 define que empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.³

de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.

2. O art. 982 do CC/2002 assim determina: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.
3. Assim determina o referido artigo: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

CASSEL JÚNIOR, Flávio. A transferência de imóveis à sociedade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 85-104. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015. . São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Frisa-se que o referido artigo caracteriza o empresário não pela sua atividade econômica, mas sim pelo desenvolvimento da atividade, de forma organizada do capital, trabalho e material utilizado na busca da circulação de riquezas.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a atividade típica de empresário não se define por sua natureza, mas pela forma com que é explorada. Quando a atividade econômica é explorada de forma organizada (ou seja, mediante a articulação dos fatores de produção), então tem-se uma empresa; quem a exerce é empresário; e, se pessoa jurídica, uma sociedade empresária”.⁴

Infere-se, ainda, que no novo Código Civil coexistem duas naturezas de sociedade que se distinguem não mais pela atividade econômica e sim por sua estrutura de organização.

Na sociedade simples predomina a atividade pessoal dos sócios, ainda que exerça, igualmente à sociedade empresária, uma atividade econômica lucrativa. Na sociedade empresária há uma estrutura e organização de trabalho que se sobrepõe à atuação pessoal do sócio.

Em remate, merece destaque a norma antes descrita e prevista no parágrafo único do art. 982 do CC/2002, determina de forma clara e precisa que independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações e simples a cooperativa.

2.2 *Sociedades simples e empresárias e os tipos societários*

Outro ponto relevante, neste assunto, diz respeito aos tipos societários e a noção de sociedade simples e empresária.

A título informativo, é importante ressaltar que o Código Civil traz os seguintes tipos de sociedades: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, e as sociedades por ações, quais sejam sociedade anônima e em comandita por ações.

A impressão que se tem, inicialmente, ao verificar o referido rol, no Código Civil, é o de que há uma espécie de exclusão ou mesmo de um tipo societário autônomo, por assim dizer, que exclui outro. Isto acontece notadamente em relação à colocação da sociedade simples naquele rol.

A rigor, a ideia do legislador, quanto à sociedade simples foi a possibilidade de se ter uma sociedade simples pura, ou seja, sem se apoiar em nenhum

4. COELHO, Fábio Ulhoa. Direito de empresa e as sociedades simples (parecer). *Instituto de Registro de Títulos e Documento e de Pessoas Jurídicas do Brasil*. Disponível em: [www.irtnpjbrasil.com.br].

outro tipo societário; e a sociedade simples levado a cabo por alguns dos tipos societários.

Assim, nada impede que se tenha uma sociedade simples em nome coletivo, em comandita simples ou limitada. Na verdade, em face da regra do parágrafo único do art. 982, a sociedade simples só não poderá ser por ações. Quanto à sociedade simples, então, tem-se o seguinte: ou será pura ou terá um dos tipos societários autorizados por lei, normalmente, será uma simples limitada.

Quanto às sociedades empresárias, elas podem se utilizar de todos os tipos sociais, evidentemente, excluindo-se o de sociedade simples. Vale dizer que ela pode ser uma sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, ou sociedade por ações que, como dito, sempre serão empresárias. Convém frisar, entretanto, que é possível que uma sociedade empresária limitada se utilize subsidiariamente das regras de sociedade simples.

2.3 *Do registro das sociedades empresárias e simples*

Feita a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária, merece ser apreciada a questão registral, com o objetivo de saber se o registro das mesmas deve ser feito na Junta Comercial ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

A matéria encontra-se regulada no art. 1.150 do CC/2002⁵ que determina que o registro de uma sociedade empresária deverá ser realizado no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. Já o registro das sociedades simples, qualquer que seja o tipo societário que venha a adotar, deverá ser realizado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

2.4 *Da empresa individual de responsabilidade limitada*

Antes de adentrarmos na questão de fundo deste estudo monográfico, é preciso ainda compreender a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli).⁶

5. Assim dispõe o referido artigo: “O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária”.
6. A Lei 12.441/2011 alterou o Código Civil brasileiro para incluir no direito brasileiro a Eireli. A matéria encontra-se prevista no art. 980-A, que assim determina: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será

CASSEL JÚNIOR, Flávio. A transferência de imóveis à sociedade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 85-104. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015. . São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Por se tratar de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada a novel legislação, com o propósito de resguardar os direitos de terceiros de boa-fé, instituiu a exigência de capital social mínimo correspondente ao valor de 100 salários mínimos vigentes no país e que o mesmo seja totalmente integralizado no momento da sua constituição.

Além disso, o § 6.º do citado dispositivo legal estendeu as regras das sociedades limitadas, de forma supletiva justamente em razão da semelhança de finalidade desses tipos societários, que passam a se distinguir basicamente em razão da quantidade de sócios e do capital social mínimo.

A Eireli poderá possuir características próprias de sociedade empresária e dessa forma deverá ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. Ou então possuir características típicas de sociedade simples e ter os seus atos constitutivos registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

3. DO CAPITAL SOCIAL

O capital social de uma sociedade, sob o aspecto econômico, é o conjunto de bens que financiam a atividade empresarial da sociedade, já sob o aspecto jurídico é uma exigência legal, que após sua total integralização, isenta os sócios de sua responsabilidade subsidiária.

O capital social tem valor equivalente àquele referente ao total da contribuição dos sócios e permanece intacto enquanto não ocorre modificação contratual em relação sua redução ou aumento. Tal invariabilidade é a garantia dos credores sociais.

inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1.º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão Eireli após a firma ou a denominação social da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. § 2.º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3.º A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. § 4.º (*vetado*). § 5.º Poderá ser atribuída à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6.º Aplicam-se à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

Somente após a liquidação, os sócios podem desfrutar da divisão patrimonial, assim ficam libertos de qualquer responsabilidade relacionada a encargos sociais.

O art. 1.059 do CC/2002, obriga a reposição por parte dos sócios de qualquer quantia que for retirada em prejuízo do capital social, visando a proteção do capital social. Os valores recebidos pelos sócios provêm de um patrimônio social e não do capital.

O Código Civil, não exige um mínimo para o capital social das sociedades simples e das sociedades empresárias, mas exige um capital social mínimo correspondente ao valor de 100 salários mínimos vigentes no país da Eireli.

No princípio, ou seja, na formação da sociedade, capital e patrimônio social coincidem, pois são um valor único. Contudo, à medida que os negócios evoluem o patrimônio começa a variar. O patrimônio não é o conjunto de aportes previsto no contrato, mas o conjunto de bens do ativo ou patrimônio bruto, que sustenta os negócios da sociedade. É resultado do desdobramento do capital inicial ou da inversão de capital.

Enquanto o patrimônio é variável, o capital social é fixo. O capital permanece nominal, com sua soma estipulada no contrato, diferentemente do patrimônio que poderá crescer ou não. O patrimônio tem valor mínimo equivalente ao do capital social, pois existe a garantia mínima para satisfazer pretensões de terceiros.

O capital pode ser aumentado ou reduzido, porém devem ser observadas as hipóteses definidas por lei para que isso ocorra.⁷

7. Sobre o contrato social e a formação do capital social o art. 997 do CC/2002 assim determina: “A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV – a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”.

4. DA TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SIMPLES, PARA FORMAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

Dispõe o art. 64 da Lei 8.934/1994 acerca do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins: “A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas Juntas Comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social”.

Trata-se de norma que cria uma exceção à regra geral prevista no art. 108 do CC/2002,⁸ de que a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis.

Veja que a forma do negócio jurídico prevista no art. 108 – escritura pública – é requisito de validade e garantia das próprias partes nele envolvidas e de terceiros. A validade é requisito do próprio negócio e, se inválido por defeito da forma prescrita, é ele nulo e como tal ineficaz, no plano de seus efeitos, *ex vi* do art. 166 do CC/2002.⁹

Importante, pois, ater-se às formas e solenidades que a lei considera essencial para a validade do negócio jurídico, sob pena de, embora existente, não produzir os efeitos por ele desejado.

De fato, admite-se a utilização de instrumento particular, qual seja, a certidão da Junta Comercial, com o fim de materializar a conferência de bens pelos sócios para integralizar o capital social; contudo, tal exceção, derivada do texto do art. 64 da Lei 8.934/1994, deve ser interpretada sempre de forma restrita.

Conforme Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 184), “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”.

8. “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

9. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) IV – não revestir a forma prescrita em lei (...)”

Para Carvalho Santos, as leis de exceção somente são aplicadas aos casos nelas previstos, compreendidos no seu motivo (*Comentários ao Código Civil*, vol. 1, p. 98).

Veja, que embora esse dispositivo se refira às sociedades mercantis, seu alcance atinge as atuais sociedades empresariais, porque, como visto anteriormente, o seu registro será realizado no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

Portanto, quanto às sociedades empresárias, não há dúvida de persistir o disposto no art. 64 da Lei 8.934/1994, bastando para o registro da transferência de bens imóveis, junto ao Registro de Imóveis, a certidão da Junta Comercial, para os fins que indica: formação ou aumento de capital social.

Frisa-se, por ser demais relevante, que o art. 64 da Lei 8.934/1994 permite a utilização de certidão expedida pela Junta Comercial, extraída dos atos constitutivos ou de sua alteração, como título hábil, perante o registrador de imóveis, para possibilitar a alienação de direitos reais incidentes sobre imóveis, mas sempre e invariavelmente para a composição ou o aumento do capital social, e nunca para sua redução ou dissolução.

Salienta-se, ainda, que o art. 64 da Lei 8.934/1994 não pode ser aplicado para as sociedades registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas – RCPJ, porque a intenção do legislador ao estabelecer a referida exceção tem fundamento naquelas sociedades que têm seu registro perante o Registro Público de Empresas Mercantis, ao qual ainda hoje estão vinculados o empresário e a sociedade empresária.

Assim, para se transferir bem imóvel com que o sócio contribui para a formação ou aumento do capital social da sociedade simples, registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, o instrumento hábil, para o registro observará a forma do art. 108 do CC/2002.

A mesma regra se aplica às cooperativas, eis que por força do disposto no parágrafo único do art. 982 do CC/2002, independentemente de seu objeto, serão sempre consideradas como sociedade simples.

Portanto, a cooperativa não é sociedade mercantil ou empresária, não se lhe aplicando a regra de exceção do art. 64 da Lei 8.934/1994. Conclui-se então que a formação do capital social de uma cooperativa que importe na transmissão de bens imóveis deve observar a regra do art. 108 do CC/2002.

Ademais, impõe-se ressaltar o aspecto tributário da presente questão. Isso porque, quando a forma exigida por lei é a escritura pública, e se tem o registro um instrumento particular, ocorre, a toda evidência, evasão fiscal, deixando de ser arrecadados, dentre outros, a taxa de fiscalização devida pela lavratura da escritura pública.

Em remate, deve-se dizer que a certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis quando for o título hábil deve trazer todos os requisitos da escritura pública para que possa ter ingresso no registro de imóveis, ou seja, deve atender a todos os princípios registrais e principalmente ao princípio da especialidade, trazendo uma perfeita descrição do imóvel e as partes devidamente qualificadas, bem como estar acompanhada das certidões necessárias e da guia do imposto de transmissão com imposto pago ou com a declaração de exoneração tributária.

4.1 *Da transferência de bens imóveis de sociedade empresária a sócio*

Questão controvertida que merece ser debatida é a da possibilidade ou da impossibilidade da transmissão da propriedade de imóvel de sociedade empresarial para sócio por instrumento particular com fundamento no art. 64 da Lei 8.934/1994.

Conforme dito anteriormente, a norma prevista no art. 64 da Lei 8.934/1994 é regra de exceção, e deve ser interpretada restritivamente por encerrar especificidade à regra geral de forma, porquanto o dispositivo legal em comento não permite que se faça a transferência de bens imóveis da sociedade aos sócios por meio de instrumento particular arquivado na Junta Comercial.

A matéria já se encontra pacificada pelo Conselho Superior de Magistratura do TJSP que reiteradas vezes decidiu pela inaplicabilidade da regra excepcional de forma contida no art. 64 da Lei 8.934/1994 na transferência de bens imóveis de sociedade empresária a sócio.¹⁰

Salienta-se, ainda, que mesmo na hipótese de extinção da sociedade a transferência de bens imóveis da sociedade para os sócios deverá respeitar a regra

10. Neste sentido transcrevo os seguintes precedentes: “Registro de Imóveis. Extinção de sociedade. Impossibilidade de transferência de bens imóveis por instrumento particular ante a falta da prova de valor inferior a trinta salários mínimos. Não aplicação do disposto no art. 64 da Lei 8.934/1994 para além da hipótese de transferência de bens dos sócios à sociedade. Recurso não provido” (Ap 0001644-10.2010.8.26.026, j. 28.07.2011, rel. Des. Mauricio Vidigal). “Registro de Imóveis. Dúvida julgada procedente. Negativa de acesso ao registro de instrumento particular de distrato social de pessoa jurídica, com transferência de bens imóveis da sociedade para os sócios. Inviável o registro à luz do disposto no art. 134, II, § 6.º, do Código Civil de 1916 e no art. 108 do novo Código Civil. Indispensabilidade da transferência dos bens por intermédio de escritura pública. Não incidência, no caso, da norma do art. 64 da Lei 8.934/1994. Recurso não provido” (ApCiv 491-6/1, j. 11.05.2006, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas).

geral do art. 108 do CC/2002, sendo inaplicável ao disposto no art. 64 da Lei 8.934/1994 para além da hipótese de transferência de bens dos sócios à sociedade.

A norma jurídica em questão somente tem aplicação às hipóteses de transferência de bens imóveis destinados à formação ou aumento do capital social de sociedade empresarial, como é expresso em sua primeira parte ao referir aos atos de constituição e alteração, nada é mencionado quanto ao ato de extinção da sociedade.

Nessa quadra, sua interpretação e aplicação é restrita ao ingresso de bens na sociedade não abarcando os casos da partilha de bens imóveis entre os sócios no momento da extinção da sociedade.¹¹

5. DOS ATOS PRATICADOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Questão de grande importância prática é a de saber se os atos que envolvem a formação do capital social serão objetos de registro ou de averbação na matrícula do imóvel.

5.1 Do ato de registro

A expressão “registro” em nossa legislação por vezes é utilizada de forma geral, designando todo o ato que tem ingresso no registro de imóveis, caso em que também abrangerá as averbações. Todavia, em seu sentido estrito, podemos dizer que o registro é o ato praticado para a constituição ou transmissão do direito real em si, enquanto as averbações seriam atos anexos praticados para alterar as condições do registro ou mesmo extinguir seus efeitos.

O termo registro é utilizado de forma genérica para designar todo ato realizado pelo registrador de imóveis. Neste sentido, diz-se que uma escritura pública deve ser levada a registro.

Dessa forma, o registro destina-se à aquisição e transmissão da propriedade imobiliária, constituição de direitos reais ou ônus a ele equiparados (por exemplo, bem de família), transmissão de direitos reais e também para a premonição de riscos sobre a propriedade imobiliária (por exemplo, citações de ações reais e pessoais reipersecutórias, arresto, sequestro).

11. Este entendimento já se encontra pacificado pelo Conselho Superior de Magistratura do TJSP que assim vem decidindo: “Registro de Imóveis. Extinção de sociedade. Impossibilidade de transferência de bens imóveis por instrumento particular ante a falta da prova de valor inferior a trinta salários mínimos. Não aplicação do disposto no art. 64 da Lei 8.934/1994 para além da hipótese de transferência de bens dos sócios à sociedade. Recurso não provido” (ApCiv 0001644-10.2010.8.26.0266).

Maria Helena Diniz elaborou uma classificação científico-jurídica dos atos sujeitos a registro, com os seguintes grupos: (a) atos relativos à declaração ou à aquisição de propriedade (compra e venda, doação integralização de capital com bens imóveis etc.); (b) atos alusivos à constituição de um direito real sobre imóvel alheio de fruição (servidão, usufruto, superfície etc.); (c) atos atinentes à formação do patrimônio familiar (instituição do bem de família, pacto antenupcial etc.); (c) atos decorrentes de decisões judiciais (arresto, sequestro, arrematação e adjudicação em hasta pública etc.); (d) atos concernentes a direitos pessoais relativos a imóveis (contrato de locação de prédio com cláusula de vigência etc.), e (e) atos oriundos de limitação constitucional e administrativa a imóveis (tombeamento, termo de responsabilidade pela preservação de florestas etc.).¹²

Os atos sujeitos a registro foram taxativamente enumerados no rol do inc. I do art. 167 da Lei de Registros Públicos. Somente os atos que gozam de previsão expressa em lei têm ingresso no Registro de Imóveis, já que se as hipóteses previstas são exaustivas, *numerus clausus*.

5.2 Do ato de averbação

A averbação é um ato acessório ou acidental realizado na matrícula do imóvel ou à margem de uma transcrição ou inscrição capaz de promover a alteração objetiva ou subjetiva do ato principal, ao qual se vincula.

Miguel Maria de Serpa Lopes ensina que a averbação:¹³ “exercita uma função de caráter acessório, secundário, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista formal. Do ponto de vista material, por isso que a averbação se cinge a publicizar acontecimentos modificativos da situação de uma transcrição ou de uma inscrição, v.g., a mudança de nome, a construção, a alteração da numeração etc.; do ponto de vista formal, porque a averbação não representa um ato autônomo, como é a inscrição ou a transcrição, senão uma formalidade que é realizada à margem da transcrição ou da inscrição (...)”.

Corroborando com o entendimento, Afrânio de Carvalho diz que:¹⁴ “A averbação não muda nem a causa nem a natureza do título que deu origem à inscrição, não subverte o assento original, tão somente o subentende, estrutura de uma inscrição não pode, portanto, ser mudada pela averbação de um ato

12. DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-106.

13. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2001. vol.VI, p. 674.

14. CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 117.

retro-operante, podendo apenas servir de substrato a um ato que, reconhecendo a sua existência inteiriça, em um instante de tempo, daí parte para dar-lhe nova figura em instante ulterior”.

O rol dos atos averbáveis constante do inc. II do art. 167 da Lei 6.015/1973 é meramente exemplificativo, pois no corpo da própria Lei há dispositivo que permite a averbação de quaisquer outros títulos que contenham circunstâncias capazes de promover alteração do registro, é o que determina o seu art. 246: “Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro”.

A averbação é, portanto, um ato acessório, seja por vincular-se a um registro (transcrição e inscrição), seja por diferenciar-se deste, o qual constitui condição de eficácia do ato, cuja omissão compromete o título que lhe serve de fundamento, ao passo que a averbação, se omitida, não atenta contra o ato principal, que subsiste.

5.3 Do registro dos atos de formação de capital social

Os negócios praticados para a formação de capital social de pessoas jurídicas são feitos por atos de registro, com fundamento no art. 167, I, n. 32, da Lei 6.015/1973.¹⁵

Destaca-se da leitura da referida norma legal que o ato de registro será lavrado independentemente da espécie de sociedade. No Estado do Rio Grande do Sul a E. Corregedoria de Justiça pacificou a matéria determinando por meio da sua Consolidação Normativa Notarial e Registral que os atos de transferência de imóveis para empresas comerciais, decorrentes de integralização de cota de capital serão objeto de registro.¹⁶

5.4 Do registro dos atos de cisão e fusão

A Lei das Sociedades Anônimas, determina que as operações de cisão e fusão são levadas para as correspondentes matrículas nos Registros de Imóveis por atos de averbação, diante da expressa previsão legal contida no art. 234 da

15. A referida norma assim determina: “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: (...) 32) da transferência, de imóvel a sociedade, quando integrar quota social”.

16. É a previsão do art. 417 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do TJRS: “Os atos de transferência de imóveis para empresas comerciais, decorrentes de integralização de cota de capital serão objeto de registro”.

Lei 6.404/1976, conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas, que assim determina: “A certidão, passada pelo Registro do Comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações”.

Seja por equívoco, seja por motivação política, a Lei das Sociedades Anônimas não observou a natureza dos atos registrários e seus respectivos efeitos. A aquisição de direito real por ato de averbação não se coaduna com o pensamento doutrinário anteriormente exposto.

Destaca-se que na cisão uma parte do capital destacado (representado por bens imóveis) é vertido para formar o de uma nova pessoa jurídica. Já a fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar uma nova sociedade, que a elas sucederá nos direitos e obrigações. Nestas hipóteses fica evidente que o que ocorre é uma transferência de direito real para integralizar capital social.

Nestas situações, ressalvado entendimento contrário, o ato a ser praticado pelo Registrador Imobiliário é de registro e não de averbação, vez que se trata de transferência de direito real para integralizar capital social, ainda que de sociedades anônimas.

Na preciosa lição de Afrânio de Carvalho os atos de averbação são acessórios e servem para refletir eventuais alterações sofridas pelos atos principais: “A inscrição, nela absorvida a transcrição *discrepante*, cobre as aquisições e onerações de imóveis, que são os assentos mais importantes, ao passo que a averbação cobre os demais, que alteram por qualquer modo os principais. A nomenclatura binária condiz com a diferença entre a principalidade dos primeiros atos e a acessoriedade dos segundos”.¹⁷

Assim, como é notório, que os negócios jurídicos que envolvem a transferência do direito de propriedade, em princípio, devem ser registrados e suas eventuais modificações devem averbadas, fica claro que os atos de transferência de imóveis decorrentes de fusão ou cisão de empresa serão objeto de registro.¹⁸

17. *Registro de Imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 117.

18. Nesse exato sentido é a conclusão da E. Corregedoria de Justiça Estado do Rio Grande do Sul que pacificou a matéria ao determinar por meio da sua Consolidação Normativa Notarial e Registral o seguinte: “Art. 417. Os atos de transferência de imóveis para empresas comerciais, decorrentes de integralização de cota de capital serão objeto de registro. § 1.º Os atos de transferência de imóveis decorrentes de fusão ou cisão de empresa serão objeto de registro (...)”.

5.5 Da averbação dos atos de incorporação total de empresa

O Código Civil em seu art. 1.116 assim define a incorporação de sociedades: “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”.

Nessa operação, os bens imóveis da sociedade incorporada passam a pertencer, por sucessão, à empresa incorporadora. Note-se que nesta hipótese, ao contrário do que ocorre nos atos de fusão e cisão, não ocorre uma efetiva transmissão de propriedade de uma sociedade para a outra.¹⁹

6. DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

A Constituição Federal em seu art. 156, II, determina que: “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

O § 2.º do artigo antes descrito dispõe em seu inc. I que: “não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”.

Infere-se pela leitura do referido dispositivo que em regra, a formalização do capital social de uma sociedade, é caso de não incidência do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis.

Assim, a hipótese de não incidência prevista pela Constituição Federal, retira, portanto, a competência tributária do município para instituir o ITBI sobre as hipóteses acima citadas, importando em uma limitação constitucional ao poder de tributar.²⁰

19. Diante disto, conclui-se que os atos de transferência de imóveis decorrentes de incorporação total de empresa serão objeto de averbação. Tal entendimento é referendado pela Consolidação Normativa Notarial e Registral, que assim determina: “Art. 417. Os atos de transferência de imóveis para empresas comerciais, decorrentes de integralização de cota de capital serão objeto de registro. (...) § 2.º Os atos de transferência de imóveis decorrentes de incorporação total de empresa serão objeto de averbação”.

20. Nesse mesmo sentido, visando regular a imunidade, temos o art. 36, I, do CTN que assim dispõe: “Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide

Entretanto, insta salientar, que a imunidade aqui demonstrada não é uma regra absoluta, comportando a exceção disposta no art. 37 do CTN, hipótese em que o município arrecadador poderá instituir e cobrar o ITBI “quando a pessoa jurídica adquirente do imóvel tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição”.

A conceituação de *atividade preponderantemente imobiliária* é definida no § 1.º do art. 37 acima citado:

“Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.”

Nesse sentido, conclui-se que o imposto municipal somente incidirá (exceção à imunidade) quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos dois anos anteriores e, também, acumuladamente, nos dois anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações imobiliárias.

Portanto, de acordo com a lei aplicável à espécie, o reconhecimento da imunidade não gera direito adquirido, ficando condicionada à verificação, em procedimento administrativo, da atividade preponderante do contribuinte requerente.

Em remate, deve-se esclarecer que a venda de ativo imobilizado da empresa não pode ser considerada receita operacional. A jurisprudência do TJRS tem sido neste sentido.²¹

sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito”.

21. “Apelação e reexame necessário. Direito tributário. Débito fiscal. Integralização de capital social. ITBI. Imunidade. Goza da imunidade por ITBI a sociedade empresária adquirente de bens em realização de capital quando, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, menos de 50% da sua receita operacional decorrer de transações imobiliárias. O critério é da Lei (CTN – art. 37 e parágrafos); objetivo, cartesiano, a excepcionar a regra que é a da imunidade. Por isso há de ser considerada a atividade efetivamente exercida pela sociedade empresária nos períodos que antecederam e sucederam a aquisição, para saber atingida a preponderância com base na receita operacional efetivamente auferida, e não pela atividade que vai exercer e ainda não exerceu, só por ter o comércio de imóveis como objeto social. Como pelo tempo que antecedeu e sucedeu a aquisição, a receita operacional da Apelante foi igual a zero, faz jus à imunidade. Apelo da autora provido. Apelo do Município prejudicado. Sentença confirmada em reexame necessário, por maioria” (TJRS, Ap e Reexame necessário 70038735601, 21.ª Câ. Civ., j. 08.06.2011, rel. Genaro José Baroni Borges).

CASSEL JÚNIOR, Flávio. A transferência de imóveis à sociedade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 85-104. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

De outra banda, merece ser esclarecido que em caso de dissolução parcial de sociedade pela retirada de sócio, incide o ITBI sobre a transferência de bem imóvel da sociedade para pagamento do capital que aportou à empresa.

O art. 156, § 2.º, da CF aplica-se apenas às hipóteses de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica e não de diminuição do capital social.²²

Por fim merece ser esclarecido que não cabe ao Registrador de Imóveis e nem ao Tabelião de Notas analisar se é ou não hipótese de incidência do Imposto de Transmissão.

Cumpra a autoridade fazendária reconhecer as hipóteses de incidência e de não incidência, cabendo ao registrador de imóveis tão somente a exigência da guia de pagamento ou exoneração do ITBI.

Tal entendimento encontra-se previsto no art. 447 da Consolidação Normativa Notarial e Registral da E. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que assim determina: as inexigibilidades tributárias por imunidade, não incidência e isenção ficarão condicionadas ao seu reconhecimento pelo órgão arrecadador competente.

7. DO PAGAMENTO DE LAUDÊMIO

Outro aspecto importante é saber se a transferência de terreno de marinha para formalização de capital social gera ou não a cobrança de laudêmio.

O laudêmio possui a natureza jurídica de tributo, eis que é uma taxa cobrada pela União do valor dos chamados terrenos de marinha, sempre que este passa por uma operação onerosa.

A matéria já se encontra pacificada pelo E. STJ, eis que a que a sua Corte Especial, em julgamento realizado em 2010 (REsp 1.104.363), firmou entendimento no sentido de que a transferência de domínio útil de imóvel para integralização de capital social de empresa é ato oneroso, de modo que é devida a cobrança de laudêmio, nos termos do art. 3.º do Dec.-lei 2.398/1987.

Este artigo dispõe que: “dependerá do prévio recolhimento do laudêmio, em quantia correspondente a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das

22. Nesse sentido, já decidiu o TJRS: “Ementa: ITBI. Imunidade. Dissolução parcial de sociedade. Transmissão de imóveis. Pagamento das quotas sociais. Em caso de dissolução parcial de sociedade pela retirada de sócio, incide o ITBI sobre a transferência de bem imóvel da sociedade para pagamento do capital que aportou à empresa. O art. 156, § 2.º, da CF aplica-se apenas à hipótese de extinção da pessoa jurídica e não de diminuição do capital social. Hipótese em que não há prova tenha o bem sido incorporado ao patrimônio da sociedade na integralização do capital social pelo sócio retirante. Negado seguimento ao recurso” (TJRS, ApCiv 70055311260, 22.ª Câmara, j. 11.07.2013, rel. Maria Isabel de Azevedo Souza).

benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim a cessão de direito a eles relativos”.

Na ocasião do julgamento do precedente, o então relator, Min. Teori Zavascki, atualmente Ministro do STF, resumiu que a controvérsia seria saber se a transferência em questão é negócio jurídico oneroso ou gratuito.

O Min. Zavascki concluiu que “a prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem, para a formação ou para o aumento de capital da sociedade, que tem em contrapartida o recebimento de quotas ou ações do capital social, representa um ato que decorre de um negócio jurídico tipicamente comutativo [oneroso]”. Daí, por consequência, a incidência da taxa.²³

8. CONCLUSÕES

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma profunda mudança no conceito das sociedades, eis que a novel legislação rompeu com a antiga distinção entre sociedades civis e mercantis, que tinha por alicerce o critério material da prática de atos comerciais. Tais alterações irradiaram os seus efeitos para além do direito empresarial, provocando mudanças no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e no Registro Imobiliário.

Embora sob o premente risco de incorrer em tautologia, mas com o objetivo de reafirmar os posicionamentos anteriormente adotados, passa-se à exposição sistemática, na ordem em que foram tratadas as matérias, das mais relevantes conclusões deste estudo:

1. No Código Civil coexistem duas naturezas de sociedade que se distinguem não mais pela atividade econômica e sim por sua estrutura de organização.

23. O acórdão antes mencionado restou com a seguinte ementa: “Administrativo. Enfitese. Terreno de marinha. Transferência de domínio útil para fins de integralização de capital social. Operação onerosa. Incidência do art. 3.º do Dec.-lei 2.398/1987. 1. A classificação dos contratos em onerosos e gratuitos leva em conta a existência ou não de ônus recíproco: onerosos são os contratos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm; e gratuitos são os contratos em que a prestação de uma parte se dá por mera liberalidade, sem que a ela corresponda qualquer ônus para a outra parte. 2. A constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem natureza contratual (CC/1916, art. 1.363; CC/2002, art. 981). A prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem, para a formação ou para o aumento de capital da sociedade se dá, não por liberalidade, mas em contrapartida ao recebimento de quotas ou ações do capital social, representando assim um ato oneroso, que decorre de um negócio jurídico tipicamente comutativo. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos” (EDiv em REsp 1.104.363/PE (2009/0227065-4).

2. Na sociedade simples predomina a atividade pessoal dos sócios, ainda que exerça, igualmente à sociedade empresária, uma atividade econômica lucrativa. Na sociedade empresária há uma estrutura e organização de trabalho que se sobrepõe à atuação pessoal do sócio.

3. A sociedade simples pode ser uma sociedade simples pura, ou seja, sem se apoiar em nenhum outro tipo societário, ou pode adotar qualquer tipo societário previsto no Código Civil, com exceção a sociedade por ações.

4. Quanto às sociedades empresárias, elas podem se utilizar de todos os tipos sociais, excluindo-se o de sociedade simples. Entretanto é possível que uma sociedade empresária limitada se utilize subsidiariamente das regras de sociedade simples.

5. As cooperativas independentemente de seu objeto sempre serão sociedades simples, em face da determinação contida no parágrafo único do art. 982 do CC/2002.

6. O registro de uma sociedade empresária deverá ser realizado no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. Já o registro das sociedades simples, qualquer que seja o tipo societário que venha a adotar, deverá ser realizado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

7. A Eireli poderá possuir características próprias de sociedade empresária e dessa forma deverá ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. Ou então possuir características típicas de sociedade simples e ter os seus atos constitutivos registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

8. Admite-se a utilização de instrumento particular, qual seja, a certidão da Junta Comercial, com o fim de materializar a conferência de bens pelos sócios para integralizar o capital social; contudo, tal exceção, derivada do texto do art. 64 da Lei 8.934/1994, deve ser interpretada sempre de forma restrita, limitando-se aos atos de composição ou o aumento do capital social, e nunca para sua redução ou dissolução.

9. O art. 64 da Lei 8.934/1994 não pode ser aplicado para as sociedades registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas – RCPJ.

10. O artigo 64 da lei 8.934/94 não permite que se faça a transferência de bens imóveis da sociedade aos sócios por meio de instrumento particular arquivado na junta comercial.

11. Os negócios praticados para a formação de capital social de pessoas jurídicas envolvendo bens imóveis são feitos por atos de registro. Os atos de transferência de imóveis decorrentes de fusão ou cisão de empresa também serão objeto de registro. Já os atos de transferência de imóveis decorrentes de incorporação total de empresa serão objeto de averbação.

12. Em regra, a formalização do capital social de uma sociedade, é caso de não incidência do ITBI, comportando a exceção prevista na própria Norma

Constitucional. Tal regra, no entanto, não se aplica aos casos de dissolução parcial de sociedade pela retirada de sócio.

13. A transferência de domínio útil de imóvel para integralização de capital social de empresa é ato oneroso, de modo que é devida a cobrança de *laudêmio*.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCARELLI, Túllio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quórum, 2008.
- Consolidação Normativa Notarial e Registral da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Sistemas de Registro de Imóveis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAMEDE, Gladston. *Direito societário: sociedades simples e empresárias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 1.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1 e 2.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Cisão de sociedade. Transferência de domínio útil de imóvel – Não incidência do *laudêmio*, de Arnaldo Wald – RDI 11/7 (DTR\1983\85);*
- *O novo Código Civil e o direito de empresa – Registro das sociedades simples, de Fábio Ulhoa Coelho – RDI 55/174 (DTR\2003\361), e*
- *O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, de Bianca Sant’Anna Della Giustina – RDI 69/206 (DTR\2010\681).*

A USUCAPÃO TABULAR

THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

Registrador imobiliário.
edusocrates@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: Posse e propriedade são institutos distintos e, como tal, estão sujeitos a regras próprias. Esses institutos ora convergem, ora entram em colisão. A figura da usucapião deriva da necessidade de se tutelar a posse em detrimento da propriedade, devido à inércia do titular do direito de propriedade. O motivo, para tanto, deriva do fato de ser o possuidor o responsável, de fato, por atingir os fins almejados ao se tutelar a propriedade. Neste artigo, busca-se analisar uma espécie em particular, qual seja: a usucapião tabular, abordando, além dos requisitos para a sua configuração, os aspectos registrais a partir de uma interpretação sistêmica. Em um primeiro momento, serão analisados elementos conceituais básicos e, em seguida, a abordagem se voltará à análise do instituto à luz de outras regras e princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião tabular – Instituição – Função social da propriedade – Registro de imóveis – Fé pública registral.

ABSTRACT: Possession and ownership of real property are distinct concepts under the law, with distinctive legal consequences. Over time, legal rules developed to protect the interests of possessors and recognized that a possessor, without dominion, could acquire dominion (legal ownership) based upon possession for a sufficiently long time. This article examines, in especially, the acquisitive prescription created by article 1242 of Code Civil. The article begins with a brief discussion of foundational concepts inherent in the acquisitive prescription and then presents a approach systemic of the institute.

KEYWORDS: Possession – Ownership – The acquisitive prescription.

SUMÁRIO: 1. Noções preliminares – 2. Os requisitos da usucapião tabular – 3. O aspecto temporal da posse e do registro – 4. Justo título – 5. A boa-fé – 6. O cancelamento do registro – 7. Moradia e função social – 8. Momento para o reconhecimento da usucapião – 9. A usucapião tabular em face de outros direitos reais já constituídos – 10. O aspecto registral.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Objetiva-se neste trabalho examinar o instituto, até o momento pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência, que foi introduzido no direito brasileiro pelo parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002, denominado de usucapião¹ tabular ou usucapião documental.²

Usucapião provém da junção dos termos latinos *usus+capio ou para outros de usu+capere e* significa, etimologicamente, “tomar por meio do uso”. A expressão tabular, por seu turno, faz entrever que se trata de uma espécie de usucapião ligada ao registro de imóveis. É que os livros nos quais são lançados os atos de registros são também conhecidos como tábula.

Na doutrina estrangeira encontra-se, ainda, a denominação *usucapião secundum tabulas* para designar o instituto em comento, em contraposição à *usucapião contra tabulas, que se opera contra o titular inscrito*.

Até o advento do novo Código Civil somente se admitia essa última espécie de usucapião (contra tábulas), cuja finalidade, em síntese apertada, é atribuir a propriedade a quem, efetivamente exerce a posse de um bem, em desfavor do proprietário que tem o seu título aquisitivo registrado.

1. Apesar de o novo Código Civil ter adotado o gênero feminino para o termo, muitos continuam a usá-lo no masculino em homenagem à tradição e também porque escorreito do ponto de vista gramatical (Cf., Assunção Lutero Xavier, *O direito fundiário brasileiro*, Bauru: Edipro, 2008. p. 61). Explica o referido autor o seguinte: “O vocábulo no masculino sobreviveu ao fogo cruzado da memorável batalha literária entre o Prof. Ernesto Carneiro Ribeiro e o Senador, Dr. Rui Barbosa (Réplica), justamente sobre questões vernáculas do projeto de redação que veio a se tornar o Código Civil de 1916 (...) e que a tradição mais reiterada o consagrou como masculino”. Assim vem indicado no *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, 11. ed., entre outros. O vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras (1999), e os dicionaristas, admitem os dois gêneros. Desse modo, o operador do direito pode empregá-lo no gênero masculino ou no feminino, indiferentemente, sem receio de injuriar o vernáculo.
2. Além dessa modalidade, enumere-se, ainda, as seguintes: (a) usucapião extraordinário (art. 1.238 do CC/2002); (b) usucapião extraordinário com prazo reduzido (art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002); (c) usucapião ordinário (art. 1.242, *caput*, do CC/2002); (d) usucapião constitucional urbano (art. 183 da CF/1988 e 1.240 do CC/2002); (e) usucapião constitucional rural (art. 191 da CF/1988 e art. 1.239 do CC/2002); (f) usucapião especial coletivo (art. 10 da Lei 10.257/2001); (g) usucapião administrativo (Lei 11.977/2009), (h) usucapião familiar (art. 1.240-A do CC/2002).

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 105-123. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Trata-se de um mecanismo haurido para punir o titular do domínio que não dá ao seu imóvel a função social que dele se exige, proporcionando o uso de outrem, sem oposição, por um determinado período.

Funciona como importante forma de estimular a distribuição e otimização do uso de terras.

Algumas legislações rechaçam a usucapião *contra tabulas*, nomeadamente os países que têm um arraigado sistema de controle e de transmissão de propriedades, como, ocorre, por exemplo, na Alemanha e na Áustria.

Nesses países, entretanto, como existe uma valorização muito grande do registro, adota-se a modalidade de usucapião *secundum tabulas*, embora fixem um prazo maior para a sua consumação.

A usucapião tabular ostenta um caráter peculiar: ela atua em desfavor do verdadeiro proprietário, mas em benefício de um tipo especial de possuidor, qual seja, aquele que tem um título inscrito em seu nome na tábula registral e que, portanto, tem a presunção relativa de ser o titular do domínio.

Busca-se prestigiar o adquirente de um imóvel que confiou na informação registral, acreditando que fez a compra do verdadeiro titular do bem, desconhecendo se tratar de uma venda *a non domino ou viciada por qualquer outro tipo de nulidade, e, conseqüentemente, aumentar a segurança dos negócios imobiliários*.

Verifica-se, pois, nessa espécie, uma dissociação entre o titular em nome de quem o imóvel está registrado e o seu verdadeiro proprietário, que se beneficiaria com o cancelamento do registro, prestigiando-se a posição daquele, desde que preenchidos os requisitos legais.

Apesar de o art. 1.245 do CC/2002 considerar proprietário quem possui seu título aquisitivo registrado no competente registro de imóveis, o direito pátrio confere ao titular inscrito uma presunção apenas relativa de domínio. O direito brasileiro só excepcionalmente adota a presunção absoluta (*iure et iure*) do registro, no caso do registro Torrens.³

3. A denominação desse sistema decorre do nome de seu idealizador, o emigrante irlandês Robert Torrens, que, em 1858, introduziu tal sistema na Austrália, sendo, posteriormente, empregado em outro território do império inglês. No Brasil, é adotado somente para imóveis rurais, convivendo com o registro comum, mas sendo muito pouco aplicado em razão de seu custo e da sua complexidade. Uma vez inscrito o direito, após um severo procedimento que visa dar certeza quanto às características do imóvel e também quanto ao seu titular, o proprietário fica imune à propositura de uma ação reivindicatória.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 105-123. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

É que o sistema registral pátrio, apesar de ter inspiração no sistema alemão, exigindo a inscrição para a constituição do direito real,⁴ não importou, integralmente, o modelo germânico, por ocasião da edição do Código Civil de 1916, deixando de acolher o princípio da fé pública registral.

No registro ordinário não há garantia absoluta para o adquirente do imóvel, podendo o seu registro ser anulado por algum vício⁵ nos negócios que antecederam ao seu ou em razão de vício no ajuste que ele próprio celebrou.

Como já ressaltado, após longa discussão doutrinária, prevaleceu o entendimento de que o registro imobiliário confere ao proprietário inscrito uma presunção relativa de domínio, uma vez que pode ser desconstituído em favor do verdadeiro proprietário.

O art. 1.247 do CC/2002 é expresso nesse sentido, permitindo ao verdadeiro proprietário reclamar o bem após cancelar o registro que atribui o domínio a outrem por compra feita ao proprietário aparente.⁶

Esta foi a opção do legislador, acolhendo o princípio da legitimação.⁷

4. Diferentemente do que acontece nos sistemas português, francês, italiano e espanhol, nos quais o domínio se transfere com a simples celebração no negócio jurídico da compra e venda.
5. Pode o negócio estar maculado por vício nos seguintes planos: (a) plano da existência; (b) plano da validade, e (c) plano da eficácia.
6. Há doutrina e jurisprudência que, apesar da norma em comento, considera que se a aquisição for feita onerosamente e de boa-fé, o proprietário lesado buscará indenização contra o transmitente aparente, mantendo-se a alienação *a non domino*.
7. O princípio da legitimação confere uma presunção de veracidade do ato inscrito. Atribui ao titular inscrito todas as prerrogativas de direito material e processual decorrentes da propriedade imobiliária. Lembre-se que se estabeleceu grande celeuma quanto à eficácia do registro na nossa legislação (arts. 859 e 860 do CC/1916), considerando uns que seria absoluta (*iure et iure*) e outros que se tratava de eficácia relativa (*juris tantum*). O entendimento prevalente é o de que a presunção do registro no Brasil é relativa, como já salientado, consoante informa Narciso Orlandi Neto, especialmente porque não possuímos disposição semelhante a do art. 892 do Código Civil Alemão: “Com raras exceções, a moderna doutrina brasileira entende que a presunção que decorre do registro de imóveis é relativa (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 170; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2000; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, vol. IV, p. 116)”. Esse princípio implica, ainda, na preservação dos efeitos do registro até que haja o seu cancelamento, na forma do art. 250, I, da Lei dos Registros Públicos. Por fim, se não exprimir a verdade deve ser o registro retificado, na forma dos artigos 212 da Lei dos Registros Públicos e 1.247 do CC/2002.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 105-123. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Assim, se ocorrer, por exemplo, a falsificação de uma procuração, na qual o proprietário outorga poderes para a venda de seu imóvel, não estará o adquirente protegido, ainda que de boa-fé, sofrendo os efeitos da ação anulatória que vier a ser proposta pelo proprietário lesado, caso ainda não consumada a usucapião tabular.

Não acolheu a legislação brasileira, pois, o princípio da fé pública registral.

O princípio da fé pública diz respeito ao valor que se deve dar ao conteúdo do registro em face do terceiro que confiou nas informações constantes do fólio real. Não se trata aqui do sentido usualmente empregado para expressão fé pública, significando a presunção de que emana dos atos atestados pelo delegatário.

Em termos práticos, cuida de solucionar a difícil questão de estabelecer quem merece proteção prioritária: o verdadeiro titular do domínio ou o adquirente do imóvel que, estando de boa-fé, efetuou a compra confiando na informação contida no registro imobiliário.⁸

No ordenamento jurídico espanhol, a exemplo do alemão, consagra-se o princípio da fé pública, privilegiando-se a segurança dos negócios.⁹

De todo modo, mesmo não acolhendo o princípio da fé pública, percebe-se no direito brasileiro uma tendência de se reforçar a posição do adquirente de boa-fé em homenagem à segurança jurídica.¹⁰

Lembre-se da proteção concedida ao adquirente de boa-fé na venda efetuada por herdeiro aparente, que posteriormente é afastado da sucessão por ter aparecido um sucessor de grau mais próximo, como estabelece o art. 1.817 do CC/2002.¹¹

8. Marco Antonio Botto Muscari, Presunção de má-fé nas transações imobiliárias? *Revista de Direito Imobiliário* 63/287, São Paulo, Ed. RT, jul. 2007.

9. Luiz Guilherme Loureiro, *Direitos reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*, São Paulo, Método, 2004, p. 262. Ensina Loureiro que: “Na Espanha, dentre dois interesses relevante – de um lado a segurança e a estabilidade das relações e, de outro, o interesse do verdadeiro proprietário – optou-se pelo primeiro. Assim, mesmo na hipótese de compra a non domino o adquirente do imóvel por contrato oneroso, que confiou nos dados do registro imobiliário, não perderá o domínio para o verdadeiro proprietário, desde que tenha procedido de boa-fé. O verdadeiro dono perderá a propriedade e terá direito, tão somente, a exigir reparação de danos contra quem de direito”.

10. Nesse sentido, veja-se excelente obra de Francisco Antônio Paes Landim Filho, *Propriedade na teoria da aparência*, São Paulo, Cid Ed., 2001, p. 370-375.

11. Art. 1817 – “São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiro de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão (...)”.

Restará ao herdeiro legítimo buscar indenização em face do herdeiro aparente, preservando-se o direito do adquirente de boa-fé.

Outras hipóteses de proteção ao adquirente de boa-fé estão nos arts. 161, 879 e 1.360, todos do Código Civil.

Há quem, mesmo reconhecendo a não adoção do princípio da fé pública, busque proteger o adquirente *a non domino* de boa-fé com base na teoria da aparência, mesmo diante de casos que não se encartem nas hipóteses expressas da legislação.¹²

De todo modo, o acolhimento da usucapião tabular denota um amadurecimento do sistema legal pátrio, amenizando os efeitos deletérios da insegurança oriunda da não adoção do princípio da fé pública registral.

Depreende-se das noções previamente apresentadas que o novel instituto da usucapião tabular é uma forma evidente de prestigiar a informação contida no registro público, de maneira a garantir maior confiança e estabilidade para o mercado imobiliário, compensando-se o não acolhimento, em nossa legislação, do princípio da fé pública, como demonstra Nelson Rosenthal:¹³

“Mesmo tendo o adquirente *a non domino* efetuado o registro do título, tal condição não impedirá que o verdadeiro proprietário reivindique a coisa, pois não se adotou aqui o sistema da fé pública – como no direito alemão. Todavia, aquele que confiou na aparência de legalidade e segurança do registro apenas merecerá proteção residual e mediata, através da aquisição pelo usucapião ordinário do parágrafo único do art. 1.242, do CC/2002.”

Assim, o adquirente que negociou com quem não era o verdadeiro dono, embora ostentasse o ser, e que, portanto, perderia o imóvel, deixa de sofrer tal penalidade em razão de não ter sido atacado o respectivo título no prazo abreviado de cinco anos, além de ter de cumprir outros requisitos que serão abordados em seguida.

Segundo Mônica Jardim¹⁴ “trata-se de usucapião de natureza especial: não se apresenta ‘apenas’ como modo de aquisição do direito de facto exercido, mas também, como um meio tendente a ‘convalidar’ a inscrição contida no livro fundiário”.

12. Recomenda-se a leitura da excelente obra de Francisco Antônio Paes Landim Filho. Op. cit.

13. Nelson Rosenthal, *Direitos reais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 282.

14. Mônica Jardim, *Efeitos substantivos do registro predial – Terceiros para efeito de registro*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 75.

Em síntese, pode-se afirmar que a *usucapião tabular* é uma forma especial de *usucapião ordinária*, com prazo reduzido para cinco anos, *exigindo-se os requisitos indicados no parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002*.

Não se olvide, ainda, que para a sua configuração são necessários os requisitos genéricos de toda usucapião,¹⁵ acrescidos daqueles que são próprios da usucapião ordinária.¹⁶

Anote-se, por fim, que a usucapião tabular pode ocorrer em relação a qualquer direito real, desde que suscetível de posse.

Destarte, se for anulado, por exemplo, um registro de um usufruto por nulidade no negócio, poderá ser invocada a usucapião tabular pelo usufrutuário prejudicado pela declaração do vício.

2. OS REQUISITOS DA USUCAPIÃO TABULAR

Os requisitos para essa modalidade de usucapião estão estabelecidos no *caput do art. 1.242 do CC/2002* combinado com aqueles, específicos, do parágrafo único, cujo teor é o seguinte:

“Art. 1.242 – Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel tiver sido adquirido, *onerosamente, com base no registro* constante no cartório, *cancelada* posteriormente, desde que os *possuidores* nele tiverem estabelecido a sua *moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico*.”

3. O ASPECTO TEMPORAL DA POSSE E DO REGISTRO

Trata-se de usucapião *secundum tabula*, na modalidade pura, não se admitindo o mero transcurso do prazo de vigência do registro, sem que haja oposição do verdadeiro titular. O legislador exige posse efetiva e sem contestação, como em todas as modalidades de prescrição aquisitiva.

Não terá direito à usucapião, por exemplo, alguém que, por equívoco, teve o seu título registrado, em uma matrícula de outro imóvel, mas que jamais teve posse dele, a despeito de ter ficado mais de cinco anos com seu título inscrito sem contestação.

15. Posse mansa, pacífica e continuada, por um determinado período e com ânimo de dono.

16. Justo título e boa-fé.

Os cinco anos terão que ser tanto de posse quanto de registro do título a ser cancelado?

Digo Leonardo Machado de Melo,¹⁷ acerca dessa controvérsia, assevera o seguinte:

“A questão do prazo da prescrição aquisitiva não está clara no Código, o que vem causando certas complicações interpretativas. Alguns autores entendem que o dispositivo exigiria, além de cinco anos de exercício de posse, cinco anos de efetivo registro do imóvel antes do seu cancelamento, que indicaria, no fôlio real, os legitimados para usucapião. Desta maneira, não caberia invocar a soma de posse exercida antes do registro porque, nesse período anterior, os requisitos cumulativos não existiriam, não sendo a posse anterior ao registro homogênea com a posse com o registro. Antes do registro, segundo essa interpretação, o possuidor exerceria apenas a posse, não tendo a propriedade putativa, a situação de propriedade que o Código quis proteger.”

Para esse autor, o registro não serve como termo inicial do prazo de posse, mas sim como marco de aparência, de veracidade e de legalidade.

Não parece ser essa, contudo, a intenção do legislador. O que se busca prestigiar é a aparência de domínio decorrente do registro. Mais especificamente, de um registro que não foi atacado no prazo de cinco anos, a despeito de sua imperfeição. O defeito do negócio objeto do registro não se revela *prima facie*, tanto que acolhido o título após sofrer severo escrutínio pela sua qualificação.¹⁸

No mesmo sentido, é a opinião de Hamid Charaf Bdine Júnior, afirmando que “A subsistência do registro por cinco anos é requisito que vem sendo afirmado na doutrina, que não admite o usucapião tabular¹⁹ se o cancelamento se der menos de cinco anos após o registro”.

17. Diogo Leonardo Machado de Melo, Usucapião ordinária tabular do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002: questões controvertidas. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figüêredo (coords.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Direito das coisas. Grandes Temas de Direito Privado*, vol. 7, p. 346, São Paulo, Método, 2008.

18. Qualificação registral é o termo consagrado para designar o exame do título apresentado à luz dos princípios, normas jurídicas e normas técnicas editadas pelo juiz competente (art. 30, X, da Lei dos Notários e Registradores), decidindo o registrador, afinal, pelo seu registro ou pela sua denegação.

19. Hamid Charaf. Usucapião Bdine Júnior, O parágrafo único do art. 1.242 do Código Civil, In: Fabiano Carvalho; Rodrigo Barioni (coords.), *Processo Imobiliário: questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos*, São Paulo, Forense, 2011, p. 174.

Se houver demora no registro, por exemplo, em razão de uma suscitação de procedimento de dúvida, o registro, para todos os efeitos legais, retroage à data da prenotação, em consonância com o disposto no art. 1.246 do CC/2002.²⁰

Do mesmo modo, indispensável que a posse seja quinquenária.

Poderá o usucapiente, após cinco anos de vigência do registro, requerer usucapião valendo-se de posse exercida por seus antecessores?

Sim,²¹ a teor do art. 1.243 do CC/2002, que consagra o princípio da *accessio possessionis*, tanto para a sucessão a título singular (cessão), quanto a título universal (herança).²²

Ocorre que ambas as posses terão que obedecer aos requisitos do parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002, especialmente no que concerne à feição social do aproveitamento do imóvel.²³

4. JUSTO TÍTULO

Há uma grande celeuma em torno da exigência ou não de haver o registro do título para configurar a usucapião ordinária do *caput* do art. 1.242 do CC/2002. Todavia, na modalidade do parágrafo único, desnecessário aprofundar o tema, pois nela, inafastável que haja registro do negócio jurídico celebrado pelo prescribente.²⁴

20. Art. 1.246: “O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo”.

21. Também em Espanha o art. 35 da Ley Hipotecaria, admite a soma, bastando ler os seus termos: “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, ininterumpidamente e de buena fe durante *el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa*”.

22. Nada obstante, o regime de uma ou de outra forma se difere, uma vez que na sucessão universal, o possuidor prossegue na posse do falecido com as mesmas características, não podendo escapar dos seus eventuais vícios.

23. Em sentido contrário, exigindo cinco anos de posse somente pelo usucapiente, ver Marco Aurélio S. Viana, *Comentários ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. XVI, p. 91.

24. Para Armando “São três as concepções de justo título: (a) clássica, assim compreendida como o ato translativo ineficaz registrado e, após, desconstituído; (b) ortodoxa, definida tão somente como o ato translativo ineficaz; (c) heterodoxa, concebida como a posse transmitida por quem assim poderia proceder. O novo Código Civil desdobrou o usucapião ordinário em dois suportes fáticos, culminando por consagrar, no parágrafo único do art. 1.242, para efeito de privilégio quanto ao prazo, a concepção

Óbvio que se não há registro não se configura a usucapião tabular. Se a escritura pública de compra e venda não foi inscrita somente se poderá obter a usucapião extraordinária ou, eventualmente, para aqueles que admitem que o justo título a que se refere o *caput* do art. 1.242 do CC/2002, prescindir do seu registro, a usucapião ordinária.²⁵

Dúvida há, contudo, em saber se a promessa de compra e venda registrada poderia gerar usucapião tabular em favor do promitente comprador *a non domino*. A questão já se apresentava na hipótese do *caput do art. 1.242* (usucapião ordinária). Inicialmente, a doutrina refutava a possibilidade, sob o argumento de que a posse, sendo autorizada, retirava do promitente comprador o indispensável *animus domini*. Tal posição foi superada por interpretação jurisprudencial reiterada do Superior Tribunal de Justiça.²⁶

Para Nelson Rosendal,²⁷ a promessa de compra e venda é justo título, desde que pagas todas as parcelas, para a usucapião, e que, além disso, se registrada, o prazo para usucapir é o do parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002.

restritiva de justo título, a clássica, talvez direcionando o dispositivo em comento para as hipóteses de venda de ascendentes a descendentes sem o consentimento do cônjuge do alienante ou dos outros descendentes, ato anulável na novel dicção do art. 496 do CC/2002. Mas como verdadeira contrapartida, o justo título para efeito do usucapião ordinário geral, *caput* do 1.242, há de se afeiçoar à concepção ortodoxa ou, mesmo, heterodoxa, com clara inclinação para a primeira em razão de linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (Op. cit., p. 66-67).

25. Diogo Leonardo Machado de Melo. Op. cit., p. 336. O referido autor sustenta que “Ao contrário do que possa parecer, para a configuração da usucapião ordinária, não é necessário que o justo título seja registrado para ser considerado como tal, afinal, quem registra é proprietário, tendo o domínio pleno sobre a coisa, faltando-lhe até mesmo, interesse de agir para eventual ação de usucapião”. Invoca o autor, em seu apoio, o Enunciado 86, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Explica, ainda, que tal afirmação não afasta, sempre, a ação de usucapião, como nos casos da usucapião tabular.
26. STJ, REsp 32.972/SP, 3.^a T., rel. Min. Cláudio Santos: “Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. Tendo direito a aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito a adjudicação, gera direito a aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do CC/2002. Recurso conhecido pela alénea c, mas não provido”.
27. Nelson Rosendal. Op. cit., p.284.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 105-123. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Diogo Leonardo Machado de Melo²⁸ também admite essa possibilidade, desde que a promessa esteja registrada e tenha sido pago o preço integral, sob o argumento de que já teria o usucapiente direito à adjudicação compulsória:

“Ora, se o compromissário comprador, à época do cancelamento do seu registro, bem como do registro de propriedade do compromitente vendedor, detinha o direito à escritura definitiva de compra e venda ou o direito à adjudicação compulsória, provando já ter feito o pagamento do preço, provada a existência dos outros requisitos, entendemos que lhe cabe também direito à usucapião tabular. Afinal, aqui, a aquisição também se dará com base no registro, que terá o mesmo efeito que a sentença da adjudicação compulsória, em que pese ser agora contara *o non domino*, como forma de se proteger a situação de aparência e de posse, dando-se preferência à função social da propriedade e, por que não se dizer, punindo-se à inação do antigo proprietário. Todavia não terá igual direito o titular de compromisso de compra e venda não quitado que, na verdade, não é detentor de justo título: não é potencialmente hábil para transferir o domínio, sua adjudicação compulsória seria julgada imprecendente.”

Partilhamos do pensamento acima exposto, destacando-se que há um caso, contudo, que não se poderia, jamais, desqualificar a promessa como título apto, qual seja, a hipótese do § 6.º do art. 26 da Lei 6.766/1979, com a redação da Lei 9.785/1999, cujo teor é o seguinte:

“§ 6.º Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.”

É que esse é um caso especialíssimo da legislação, no qual o compromisso vale como título definitivo.

5. A BOA-FÉ

Já foi ressaltado que a usucapião tabular é uma espécie de usucapião ordinária, de sorte que não prescinde da boa-fé e de justo título, a que se refere o *caput* do art. 1.242 do CC/2002, como ensina Sílvio Venosa:²⁹

“De qualquer forma, porém, a hipótese é de usucapião ordinário e mesmo sob as condições expostas não se dispensará o justo título e a boa-fé. Destarte,

28. Diogo Leonardo Machado de Melo. Op. cit., p. 345.

29. Sílvio de Salvo Venosa, Direito civil: direitos reais, *Coleção direito civil*, 4. ed., São Paulo, Atlas, 2004, vol. 5, p. 222.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 105-123. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

esse usucapião não pode beneficiar aquele que obteve o título com vício e o registrou, para poder ocupar o imóvel. Nessa premissa, ao ocupante restará aguardar o prazo do usucapião extraordinário.”

No mesmo sentido, é o ensinamento de Hamid Bdini.³⁰

A boa-fé é presumida, como se depreende do art. 1.201 do CC/2002, o que não impede, evidentemente, que se realize um juízo de valor sobre a conduta do comprador para afastá-la.

6. O CANCELAMENTO DO REGISTRO

O cancelamento é o ato pelo qual se retira a eficácia jurídica de um outro já inscrito.

Não se trata de um simples ato mecânico, destituído de qualquer efeito jurídico. Ao revés, o cancelamento opera a extinção do direito inscrito ou, em alguns casos, faz nascer um direito.

O cancelamento se dá pela prática de uma averbação, pois é um ato que modifica um registro anterior, devendo ser declarado o motivo que o determinou, assim como o título em virtude do qual foi feito, na forma do art. 248 da Lei dos Registros Públicos.

Pode o cancelamento se referir a uma matrícula, a um ato de registro ou a outra averbação.

O cancelamento pode ser do próprio ato administrativo registral, incidindo, neste caso, o 214 da Lei dos Registros Públicos, que dispensa a propositura de ação direta³¹ para declarar a sua nulidade ou em decorrência da anulação do negócio jurídico que deu causa ao registro e, por consequência, o cancelamento do respectivo ato registral.

Não importa, para fins de usucapião, se o cancelamento do registro se fará com base no art. 214 ou como consequência do art. 216.

Após a apresentação genérica do instituto do cancelamento, tratemos de alguns problemas específicos do cancelamento na usucapião tabular.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que a dicção legal parece restringir a usucapião quando “cancelada (sic) o registro com base na qual se deu a aquisição”.

30. Hamid Charaf Bdine Júnior. Op. cit., p. 176.

31. A expressão “independentemente de ação direta significa ser dispensável a propositura de ação contenciosa, mas não desonera o interessado de buscar o pronunciamento do juiz, em procedimento administrativo”.

Ocorre que a interpretação deve ser mais abrangente, de molde a alcançar também as hipóteses de vício no negócio antecedente à aquisição feita pelo prescribente, que irá, por via de consequência, atingir os negócios subsequentes.

O registro anulado não precisa, necessariamente, ter sido o do usucapiente, sabido que a declaração de invalidade de um registro naturalmente afeta a todos o que deles decorrem, como anota Roonie Soares.³²

Por outro lado, deve-se observar que o cancelamento a que se refere o parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002 não tem a sua aplicação restrita aos casos de venda *a non domino*.

A usucapião tabular deve incidir em qualquer hipótese de cancelamento do registro em favor do usucapiente, seja por nulidade, inexistência, invalidade do negócio jurídico subjacente, ineficácia (como nos casos de fraude à execução) ou mesmo por vício formal do próprio ato administrativo de registro.

A lei limita-se a exigir o cancelamento do registro, não especificando a razão pela qual ele venha a ocorrer, de sorte que não cabe ao interprete restringir o alcance da norma.³³

Outra questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance que deve ser dado ao termo “registro” utilizado no artigo em comento. Diogo Leonardo Machado de Melo³⁴ faz interpretação restritiva do comando legal, sustentando que a usucapião não se aplica aos casos de cancelamento de ato de mera averbação.

Na teoria registral brasileira há distinção entre os termos averbação e registro. A averbação é um tipo de assentamento destinado, em princípio, para atos acessórios, que modifiquem um outro. O registro, por seu turno, é um assentamento reservado, em regra, para atos de oneração ou constituição de direitos reais sobre imóveis e, por extensão, aos demais atos, de natureza diversa, enumerados no art. 167, I, da Lei dos Registros Públicos.

Ocorre que o legislador não respeita, muitas das vezes, esse critério, criando verdadeira mixórdia.

Destarte, em algumas situações ocorre a constituição de um direito real por ato de averbação, quando, teoricamente, deveria ser por ato de registro.

32. Ronnie Herbert Barros Soares, A usucapião de bens imóveis: principais aspectos de direito material, In: Alexandre Guerra, Marcelo Benacchio, *Direito imobiliário: novas fronteiras na legalidade constitucional*, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 329.

33. Em sentido contrário veja-se posição isolada de Marco Aurélio S. Viana. Op. cit., p. 110.

34. Diogo Leonardo Machado de Melo. Op. cit., p. 344.

Pense-se na hipótese do art. 234 da Lei 6.404/1976, que prescreve ato de averbação para a incorporação, fusão ou cisão de empresa, casos em que há transferência de propriedade e que, portanto, deveria ocorrer por ato de registro. Lembre-se, ainda, da cessão dos direitos do credor fiduciário que, implica, na transferência da própria titularidade da alienação fiduciária, mas que, não obstante, se faz por ato de averbação, em razão de expressa disposição da lei.

O que importa é a essência do ato inscrito, que deve criar um direito real, não importando se é de registro ou de averbação.

Assim, deve-se considerar a expressão registro do parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002 em seu sentido lato, incidindo, desse modo, em qualquer caso em que haja a perda de um direito real, constituído por ato de registro, no seu sentido estrito, ou por ato de averbação.

7. MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL

Estabelece a parte final do parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002 que a usucapião tabular do imóvel ocorre “desde que os *possuidores* nele tiverem estabelecido a sua *moradia*, ou *realizado investimentos de interesse social e econômico*” (grifo nosso).

Trata-se de conceito jurídico de caráter eminentemente indeterminado, que deve ser interpretado tendo em vista os aspectos civis e constitucionais do direito de propriedade.³⁵

A norma está em perfeita harmonia com os valores axiológicos da Constituição Federal, impondo-se ao titular da propriedade o cumprimento de sua função social (arts. 5.º, XXII, XXIII, XXVI, 170 e 182, todos da CF/1988).

Não se exige, contudo, que esse investimento seja social e economicamente relevante. Basta que o usucapiente resida no bem ou o explore economicamente, seja para fins urbano ou rural.

Penso que o adquirente exerce posse, ainda que indireta sobre o bem, dando-lhe uma função social, caso o alugue para moradia de outrem ou realize, por exemplo, um arrendamento rural.³⁶

Na verdade, o que se quer preservar, fundamentalmente, é a posição do proprietário inscrito e que confiou na informação do registro e que deu utilização normal ao imóvel.

35. Diogo Leonardo Machado de Melo. Op. cit., p. 342.

36. Benedito Silvério Ribeiro, *Tratado de usucapião*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, vol. 1, p. 236. No mesmo sentido, veja-se Hamid Charaf Bdine Júnior. Op. cit., p. 178.

8. MOMENTO PARA O RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO

Uma interpretação literal do parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002 conduz a conclusão de que a declaração da usucapião tabular exige, necessariamente, o prévio cancelamento do registro que transmitiu o direito real para o usucapiente, para que a ação de usucapião seja ajuizada.

Com a introdução do § 5.º do art. 214 da Lei dos Registros Públicos, se reconhece, expressamente, o direito do titular do registro viciado, que esteja de boa-fé e que já tenha preenchido os requisitos da usucapião tabular, invocá-la, de molde a não se anular o registro.

Em apoio a essa tese, veja-se recente decisão do STJ³⁷ determinando o prosseguimento de uma ação proposta para declarar a usucapião tabular movida por compradores de um imóvel que teve a matrícula bloqueada por mais de 12 anos.

Apesar de a lei prever a usucapião tabular só nas hipóteses de cancelamento do registro, considerou o tribunal que o processo de usucapião deveria ter o seu curso para ser examinada a ocorrência ou não de usucapião em relação a uma matrícula bloqueada, mas ainda não cancelada.

O instituto do bloqueio de matrícula é fruto de criação doutrinária e jurisprudencial acolhida pelo § 3.º do art. 214 da Lei dos Registros Públicos, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.931/2004.

Narciso Orlandi ensina que o bloqueio de matrícula “é o fechamento temporário da cadeia registraria”. O bloqueio mantém o registro, mas tira a disponibilidade do direito.

O juiz, em caráter cautelar, determina o bloqueio, impedindo novos registros, evitando-se a declaração imediata da nulidade, de maneira a verificar, no curso do incidente, a existência ou não de vício insanável.

Deflui-se do acima exposto, que o STJ, por via oblíqua, admitiu possa ser reconhecida a usucapião mesmo antes de ser efetuado o cancelamento do registro, quando pendente um mero bloqueio de matrícula.

37. O bloqueio ocorreu a pedido do INSS, que alegava a falsificação de uma certidão de tributos previdenciários apresentada pela empresa vendedora do imóvel, que possuía débitos coma autarquia. Entendeu a ilustre ministra relatora, sempre atenta às peculiaridades do caso concreto, absurdo o bloqueio indefinido da matrícula para a proteção de um crédito, asseverando que se “o bloqueio (...) permaneceu hígido independentemente de processo tendente à declaração de nulidade do registro, é possível equipará-lo (...) ao cancelamento do registro de propriedade” (REsp 1.133.451/SP, 3.ª T., Min. Nancy Andrighi).

Resta, ainda, uma dúvida: poderá ser alegada a usucapião como matéria de defesa, prescindindo-se da propositura de ação própria?

Parece mais razoável admitir que possa a prescrição aquisitiva ser reconhecida como matéria de defesa alegada pelo titular inscrito. Como se trata de convalidar um registro que já foi efetuado, embora contendo um vício, não tem sentido que seja observado o rito próprio das ações de usucapião, impondo-se a citação dos confrontantes e das fazendas públicas.³⁸

Sobre o tema, veja-se SOARES NETO, Júlio. NCC e o registro de imóveis: usucapião tabular. *Boletim Irib em Revista* n. 315, p 59-61. Adverte Soares que a usucapião poderá ser alegada em defesa, mesmo não tendo havido ainda o cancelamento do registro, em homenagem ao princípio da economia processual.

No mesmo sentido, veja-se o Enunciado 569 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, cujo teor é o seguinte:

“Enunciado 569. No caso do art. 1242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro.”

9. A USUCAPIÃO TABULAR EM FACE DE OUTROS DIREITOS REAIS JÁ CONSTITUÍDOS

Como já observado, prevalece, na doutrina, o entendimento de que todas as modalidades de usucapião são formas originárias de aquisição, ou seja, “a aquisição do direito não decorre da transferência do bem, feita por outra pessoa”.³⁹

Caio Mario da Silva Pereira tem posição isolada sobre o tema, asseverando que somente será originária a aquisição quando o bem jamais tiver tido um titular, como no caso da ocupação de bem imóvel.⁴⁰

Uma posição intermediária é sustentada por alguns autores, considerando que, na modalidade ordinária, que exige o justo título, haveria o convalescimento de um defeito na aquisição anterior, sendo, portanto, forma derivada de aquisição.⁴¹

38. Francisco Eduardo Loureiro, In: Cezar Peluso (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406/2002*, 4. ed. rev. atual., Barueri, Manole, 2010, p. 1232.

39. Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 105.

40. Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil*, p. 82.

41. Lenine Nequete, *Da prescrição aquisitiva (usucapião)*, 2. ed., Porto Alegre, Livraria Sulina Ed., 1954, p. 32-33.

Muitas questões práticas decorrem da escolha de uma das teses acima expostas.

Uma, em especial, é extremamente intrigante, qual seja: saber se a usucapião libera o prescribente de respeitar outros direitos reais já instituídos.⁴²

Observe-se que um primeiro problema, que ocorre nas demais espécies de usucapião, não ocorre na modalidade em estudo.

Isto porque, não há possibilidade de ingressar na tábula registral qualquer direito criado pelo verdadeiro proprietário, enquanto não cancelado o registro em nome do titular inscrito, pois isto feriria o princípio da continuidade registral.

Entretanto, subsiste dúvida no que toca ao direito real menor já existente quando o prescribente registrou o seu título aquisitivo.

Parte da doutrina considera⁴³ que “usucapir não implica extinguir todas as posições jurídicas de direito das coisas eventualmente instituídas sobre o bem. Excepcionalmente, isto pode ocorrer se a posse do usucapiente for incompatível com estes direitos”.

Augusto Bufulin admite que possa a usucapião conviver com outros direitos reais com ela compatíveis. Sustenta o autor que para uma servidão, por exemplo, ser extinta, caberia a demonstração de que o usucapiente se opôs ao exercício do direito pelo titular do prédio dominante.⁴⁴

Também Josué Passos faz idêntica observação:⁴⁵

“Conclusão irrestrita que, a meu ver, não vale sequer para o usucapião: e.g., não se pode pré-excluir a hipótese de que a posse *ad usucapionem* sobre um imóvel se exerça também pelo respeito a uma servidão de passagem caso em

42. Máxime porque não temos, como no direito português, norma que consagra o chamado *usucapio libertatis*.

43. Luciano de Camargo Penteadó, *Direito das coisas*, São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 265.

44. Augusto Passamani Bufulin, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 267. O referido autor, entretanto, rechaça tal possibilidade em relação à hipoteca, asseverando “em relação à hipoteca não há a possibilidade de convivência harmônica entre este direito real de garantia e a propriedade adquirida pelo usucapiente. Não há, porque a hipoteca produz a modificação da titularidade, por meio da adjudicação ao credor”. Admite Buflin, contudo, que a maior parte da doutrina tem entendimento oposto, preservando o direito real de garantia hipotecária quando este se constituiu anteriormente ao início da posse *ad usucapionem*, máxime na modalidade ordinária.

45. Josué Passos, *Arrematação*, São Paulo, Ed. RT, p. 111.

que do mero fato da aquisição originária não decorrerá *ipso facto* a extinção do direito real limitado: em tal caso, algo do conteúdo do direito anterior – um direito real limitado – será transportado para o direito novo, sem que a aquisição deixe de ser originária.”

No que toca à usucapião tabular parece que essa posição é mais apropriada.

Não se pode deixar de observar que a posse é exercida em função de um título, que, em tese, era hábil a transmitir a propriedade. Mais do que aptidão abstrata, trata-se de um título que, efetivamente, chegou a ser registrado após passar pela qualificação efetuada pelo registrador de imóveis.

Logo, para que a posse seja de boa-fé, ela deve ser exercida nos limites do título, de tal sorte que não se pode, por exemplo, desrespeitar uma servidão instituída em favor da propriedade vizinha, sob o argumento de que a aquisição pretérita se transformou em aquisição originária e, portanto, livre de qualquer amarra.

A posse do prescribente é exercida nos limite do título, sob a premissa de que ao adquirir a *non domino* ou de outra forma viciada, sem o saber, estava obrigado a respeitar direitos reais que já gravavam a propriedade.

10. O ASPECTO REGISTRAL

A Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no art. 560, determina a abertura de nova matrícula para efetuar o registro do mandado de usucapião, mesmo que já existente outra, contendo a mesma descrição física do imóvel.

Tal norma decorre do posicionamento doutrinário majoritário que reconhece o caráter originário da usucapião, mas que não parece ter qualquer vantagem para a modalidade tabular.

É que a intenção da legislação é convalidar uma aquisição já efetivada.⁴⁶⁻⁴⁷

Destarte, não veja razão para ser aberta nova matrícula, uma vez que serão mantidos todos os ônus que já oneravam o imóvel, como visto no item anterior.

46. Em sentido oposto é o pensamento de Diogo Leonardo Machado de Melo (Op. cit.). Adverte este autor que “o registro subsiste, posteriormente, em razão de a propriedade ter sido adquirida pelo usucapião e não porque o próprio negócio levado a registro acarretou a transmissão da propriedade. Do contrário, aliás, não seria possível compreender que um título nulo ou inexistente se convalidasse”.

47. No mesmo sentido, veja-se Afrânio de Carvalho. Op. cit., p. 183.

Far-se-á um ato registral dando notícia do reconhecimento da usucapião tabular em favor do titular do direito real cujo registro atributivo do direito foi ou seria cancelado, sem a necessidade do pagamento de imposto de transmissão, já recolhido quando da transferência do direito para o usucapiente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A insegura proteção registral nos negócios imobiliários do Brasil, de Elvino Silva Filho – *RDI* 30/7, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/167 (DTR\1992\189);
- O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 63/53 (DTR\2007\893); e
- Variações sobre a usucapião tabular: art. 1.242, parágrafo único, do novo Código Civil, de Diogo Leonardo Machado de Melo – *RIASP* 20/80, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/1183 (DTR\2007\488).

Veja também Jurisprudência

- *RDI* 73/361 (JRP\2012\37912).

BUILT TO SUIT: PARTICULARIDADES E A LEI 12.744/2012

THE BUILT TO SUIT AGREEMENT IN LIGHT OF ITS PECULIARITIES AND THE LAW NO. 12.744/2012

CAMILA RAMOS MOREIRA

Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP. Especialista
em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Advogada.
camila@sptb.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: O presente trabalho analisa o modelo de contrato *built to suit* que vem ganhando força no mercado imobiliário brasileiro ao longo dos últimos anos, atualmente representando importante fator econômico nacional. O estudo parte do exame dos aspectos conceituais e contratuais específicos dessa modalidade de contratação, apontando seus elementos fundamentais, para posteriormente analisar a evolução jurídica nacional a respeito da matéria até a promulgação da Lei 12.744/2012, que normatizou essa espécie de contrato inserindo-o no âmbito da Lei de Locações. Críticas, comentários e elogios sobre essa normatização são abordados. A opinião particular desta autora também é ao final manifestada, sempre destacando a importância da interpretação do caso concreto à luz dos princípios gerais do direito e da intenção das partes no momento da contratação.

PALAVRAS-CHAVE: *Built to suit* – Contrato – Atipicidade – Regulamentação – Imobiliário.

ABSTRACT: This paper analyzes a type of contract called *built to suit* that has been growing in the Brazilian real estate market over the past years, currently representing an important economic factor. This study exams the conceptual and contractual aspects specific to that type of contract, pointing out its fundamental elements, to further analyze the national legal developments regarding the matter until the enactment of Law 12.744/2012, which has regulated this kind of contract by inserting it in the Location National Act. Reviews, comments and compliments of such regulation are mentioned. The author's personal opinion is stated at the end, stressing the importance of interpreting the case in collation under the general principles of law and the intention of the contracting parties at the time of the contract signature.

KEYWORDS: *Built to suit* – Contract – Atypical – Regulation – Real estate.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O modelo de negócio *built to suit* – 3. A atipicidade do contrato e a interpretação pelo Judiciário: 3.1 A renúncia à revisão do aluguel; 3.2 A desproporcionalidade na multa por rescisão antecipada – 4. A Lei 12.744/2012 – 5. Algumas críticas, comentários e elogios formulados ao texto da Lei 12.744/2012 – 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário¹ brasileiro passou por intenso crescimento nos últimos anos e, efetivamente, se consolidou como forte setor ligado à economia, na medida em que cada vez mais tem sido alvo de grandes investimentos.

Em sentido inverso, não há dúvidas de que foi o próprio cenário econômico nacional, permitindo maior estabilidade financeira aos brasileiros, o principal responsável pelo crescimento deste mercado.

Isto, aliado à carência de empreendimentos imobiliários que era constatada no país, fez com que o mercado imobiliário se transformasse, sob o ponto de vista de negócio, em verdadeira rede – complexa e sofisticada – de relações negociais e jurídicas, envolvendo uma série de agentes, sob as mais diversas formas, como investidores, incorporadores, corretores, construtores, compradores, entre outros, abrangendo até especuladores de mercado.

Do mesmo modo, uma variedade enorme de empreendimentos imobiliários foi sendo implementada sob os mais diversos formatos e as oportunidades de bons negócios, estas sim, foram crescendo em proporção geométrica. A própria globalização, permitindo a abertura de mercados, foi uma das principais responsáveis pela diversificação dos negócios no país, na medida em que as multinacionais forçam a implementação dos seus padrões contratuais.

Por outro lado, evidente que o nosso legislador não conseguiu acompanhar toda essa transformação na mesma velocidade. Embora a legislação brasileira já tivesse uma importante e consolidada base normativa destinada ao ramo imobiliário, com normas que permanecem vigentes e atuais – como a Lei 4.591, que é de 1964 –, até mesmo algumas destas normas preexistentes tiveram que ser adaptadas e novas normas tiveram que ser criadas para regulamentar as relações jurídicas recentemente criadas pelo mercado.

Ainda assim, essa adequação das normas jurídicas à realidade de mercado quase sempre se dá com considerável atraso, não sendo nada espantoso nos depararmos com situações não regulamentadas, até porque os contratos atípicos são uma realidade bem aceita pelo direito brasileiro que, por sua vez, não veda a criação de novos tipos contratuais. Na verdade, a regulamentação é saudável em alguns casos em prestígio à segurança jurídica das relações contratuais, porém não necessariamente exigida.

1. Este artigo é fruto do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em novembro de 2014, sob a orientação da Profa. Renata Carlos Steiner, no curso de pós-graduação em Direito Imobiliário da Universidade Positivo.

Especificamente com relação ao contrato *built to suit*, este é um exemplo fiel de contrato atípico que foi fruto do intenso e célere crescimento do mercado imobiliário no país, tendo surgido como uma necessidade criada pela rede de negócios imobiliários e seus inúmeros agentes. Sem regulamentação, contudo, coube ao Judiciário – que acaba sendo impulsionado pelo mercado – a tarefa de criar precedentes sobre as situações controvertidas constatadas nesse tipo de relação contratual. Tais precedentes, por sua vez, constituíram a base da recente construção legislativa sobre o tema, a qual vinha sendo bastante almejada pelo mercado em razão da necessidade de maior segurança jurídica nesse tipo de contratação.

Nesse contexto, surgiu a ideia deste artigo que se propõe a analisar de forma mais aprofundada a operação *built to suit*, suas particularidades e toda essa evolução jurídica nacional a respeito dessa modalidade de negócio imobiliário que vem sendo tão implementada no Brasil nos últimos 10 a 15 anos, dadas as vantagens econômicas que propicia a todos os envolvidos.

2. O MODELO DE NEGÓCIO *BUILT TO SUIT*

O modelo de negócio *built to suit* foi trazido dos Estados Unidos da América e, em tradução livre, significa “construído para servir”.

Embora muitos² já tenham proposto novas denominações em língua portuguesa para esta modalidade de negócio, tais como, “locação por encomenda” ou “contrato de construção ajustada”, o fato é que a operação se popularizou entre os agentes do mercado imobiliário como *built to suit*,³ com a utilização do estrangeirismo – e será assim que esta operação imobiliária será referida neste trabalho.

Dessa forma, o *built to suit* foi implementado no Brasil como uma excelente oportunidade de negócio especialmente destinada aos empreendedores

2. SCAVONE JR., Luiz Antônio. A Lei 12.744/2012 e o contrato “built-to-suit”: “locação por encomenda”. *Revista Síntese Direito Imobiliário*. vol. 3. n. 13. p. 75-85. Porto Alegre: Síntese, jan.-fev. 2013. MENGARDO, Bárbara. Nova lei incentiva construção sob encomenda. Disponível em: [www.valor.com.br/brasil/3003274/nova-lei-incentiva-construcao-sob-encomenda]. Acesso em: 22.07.2014. BERZOINI, Ricardo. Relator do PL 6.562/2009.

3. No Brasil, a expressão se consagrou com a conjugação do verbo no passado, apesar do direito americano utilizar a expressão “Build to Suit”, no tempo presente. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 28.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

imobiliários e empresários das redes de varejo e indústria. Para estes últimos, a operação se mostra como alternativa para expansão da sua atividade comercial sem ter que imobilizar capital, podendo inclusive destinar esse capital integralmente ao seu objeto social. Ou seja: ao invés de se expor ao risco imobiliário, até porque normalmente não tem *know how* no ramo de construção civil, acaba potencializando a sua margem de lucro mediante maior investimento na atividade objeto do seu negócio, sem desvirtuar seu *core business*. Para os empreendedores imobiliários, por sua vez, o negócio significa mais uma oportunidade de investimento no ramo de sua especialidade com expectativa de excelente retorno financeiro a médio e longo prazo.

Trata-se basicamente de operação em que as partes, por meio de um único instrumento contratual, entabulam a contratação de locação atípica necessariamente precedida da contratação de construção. O empreendedor-locador, em terreno de sua propriedade, constrói para o empresário-locatário de acordo com as necessidades deste último para, em contrapartida, locar ao empresário-locatário por médio ou longo prazo em condições diferenciadas e previamente negociadas que propiciem ao empreendedor-locador um retorno financeiro interessante.

Tem como característica principal ser um contrato *intuito personae*, ou seja, de caráter personalíssimo, já que o empreendedor-locador aceita executar a construção no seu terreno sob a encomenda do empresário-locatário, exclusivamente para atender às suas necessidades – podendo o projeto de construção ser, inclusive, desenvolvido pelo empresário-locatário. Sucessivamente, o empreendedor-locador recupera o investimento mediante prestações periódicas em trato sucessivo de médio a longo prazo, no formato de *aluguel* (despesa operacional com redução da carga tributária), cujo valor se destina a remunerar o investimento, os riscos incorridos e a cessão do uso e gozo do imóvel, no formato de locação.

Como bem observa Gasparetto, um dos maiores atrativos dessa modalidade de negócio é o fato da locatária não ter que imobilizar capital na aquisição do terreno e construção das instalações, podendo realizar a sua contraprestação mediante o pagamento mensal de aluguel, que é contabilizado como despesa operacional com redução de carga tributária.⁴ Ou seja, justamente pela vantagem tributária, as parcelas da contraprestação são sempre denominadas aluguel

4. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Insegurança nos contratos 'built to suit'. Disponível em: [www.valor.com.br/opiniao/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit#ixzz38cezaocx]. Acesso em: 22.07.2014.

para os fins de direito, apesar de seu valor, repita-se, ser destinado a remunerar tanto a cessão do uso e gozo do imóvel (aluguel, no seu conceito *strito sensu*) quanto o investimento do empreendedor-locador e os riscos incorridos por ele, o que implica necessariamente uma considerável majoração do valor final da parcela e também acaba sendo a justificativa da renúncia à revisão, conforme se verá mais adiante.

Embora alguns juristas⁵ afirmem que a operação *built to suit* ainda envolve preliminarmente uma contratação assemelhada à corretagem, em que o empresário-locatário contrata o empreendedor-locador também para previamente identificar e adquirir um terreno de tamanho e localização estratégica, não me parece que esta “contratação prévia” seja necessariamente um elemento fundamental para caracterizar a operação. Isto porque muitas vezes é o próprio empresário-locatário que faz essa identificação prévia e localiza terrenos que já são de propriedade de empreendedores e investidores imobiliários, inclusive, lhes propondo o negócio na modalidade *built to suit*.

Entre os juristas que entendem que a conceituação do negócio envolve a contratação prévia desse serviço assemelhado à corretagem está o próprio Gasparetto, que conceitua o *built to suit* da seguinte forma:

“(...) trata-se de um negócio jurídico por meio do qual uma empresa contrata a outra, usualmente do ramo imobiliário ou de construção, para identificar um terreno e nele construir uma unidade comercial ou industrial que atenda às exigências específicas da empresa contratante, tanto no que diz respeito à localização, como no que tange às características físicas da unidade a ser construída. Uma vez construída, tal unidade será disponibilizada, por meio de locação, à empresa contratante, por determinado tempo ajustado entre as partes.”⁶

Note-se que o conceito proposto por Gasparetto nos remete também a uma situação hipotética em que o agente empreendedor-locador é uma construtora, mas importante que se diga aqui que nem sempre é necessariamente assim. No *built to suit*, o empreendedor-locador é sim responsável pela construção perante o empresário-locatário, porém nada impede que ele contrate empreiteiros, terceiros à relação contratual do *built to suit*, para que executem a obra em seu nome. Não se exige nenhuma qualidade mais específica do empreendedor-locador que pode até ser pessoa física, bastando que seja proprietário do terreno e que custeie a obra.

5. Por exemplo: SCAVONE JR., Luiz Antônio. A Lei 12.744/2012 e o contrato “built-to-suit”. Op. cit.; GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Contratos *built to suit*. Op. cit., p. 31.

6. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Contratos *built to suit*. Op. cit., p. 31.

Em razão disso, volto a destacar como únicos elementos fundamentais do *built to suit*: (a) a construção pelo empreendedor-locador, em terreno de sua propriedade, de acordo com as necessidades do empresário-locatário, que escolheu aquele terreno – em verdadeira encomenda da construção; e (b) a subsequente locação do imóvel a ser construído, por médio ou longo prazo, em condições diferenciadas e previamente acordadas que propiciem ao empreendedor-locador um retorno financeiro interessante, que deverá remunerar o investimento, os riscos incorridos e a locação do imóvel como um todo.

Aliás, é a própria locação de médio ou longo prazo que, ao garantir a amortização do investimento por meio dos alugueres pagos, constitui o equilíbrio econômico financeiro do contrato *built to suit*. Por isso, inclusive em caso de descumprimento, cabe multa rescisória desproporcional e equivalente à soma de todos os alugueres faltantes até o término do prazo, o que não seria admitido numa locação padrão, conforme se verá mais adiante.

Assim, a partir desses dois elementos fundamentais e estanques supraenunciados, diversas são as possibilidades de formato da negociação com relação aos seus elementos secundários e, ainda, variadas podem ser as relações negociais tangenciais estruturadas em torno do *built to suit* para viabilização deste negócio.

Como já se afirmou, é indiferente para a caracterização do *built to suit* o fato de o empreendedor-locador ser uma construtora ou o fato de ele fazer a prévia seleção do terreno estratégico e adquiri-lo para a operação. Nessa modalidade de operação, esses elementos secundários podem variar conforme as particularidades da negociação no caso concreto. As partes podem até mesmo pactuar a opção de compra do bem ao final do prazo contratual, o que não desvirtuará o *built to suit* se a remuneração periódica não representar verdadeira compra parcelada. São, portanto, elementos secundários todas essas variáveis ou particularidades que podem ser envolvidas neste tipo de negócio, mas que não constituem seus elementos fundamentais, embora sejam extremamente relevantes para a sua interpretação como um todo.

Ainda, para viabilização do negócio, podem também ser celebrados outros contratos conexos e tangenciais, de captação de recursos e cessão de recebíveis, por exemplo, com distintos investidores ou agentes financeiros. Aliás, foi justamente esse cenário que hoje permite o entrelace de contratos conexos – oferecendo sólidas garantias contratuais, fortalecimento dos fundos de investimento, intensificação da securitização de créditos imobiliários, novos fluxos de investimento e consumo – que mais fomentou o desenvolvimento de operações *built to suit* no Brasil ao longo dos últimos 15 anos.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

E, embora o campo seja efetivamente fértil para todas essas variadas negociações conexas, os elementos fundamentais do *built to suit* permanecem os mesmos, admitindo sim uma série de outras particularidades, mas apenas no que tange aos seus elementos secundários, de acordo com os interesses das partes envolvidas.

Posto isso, vale trazer ao presente estudo o conceito de *built to suit* desenvolvido por Luiz Augusto Haddad Figueiredo, em artigo recentemente publicado na *Revista de Direito Imobiliário*, porquanto seja a conceituação doutrinária que mais se aproxima das noções de *built to suit* acima mencionadas. Confira-se:

“O *built to suit*, a nosso ver, é o contrato em que uma parte, mediante futura remuneração periódica compatível com a amortização dos investimentos que fará, obriga-se a executar (construir por si ou por terceiros), em imóvel sob seu domínio, que venha a adquirir (por solicitação ou não) ou sobre o qual possa construir e explorar, obra encomendada sob medida, para dá-la, por um prazo mínimo, ao uso e gozo da outra parte” (destaque do original).⁷

Efetivamente, trata-se de conceituação sucinta na qual se verificam os elementos fundamentais do *built to suit*, sem confundi-los com elementos secundários variáveis e com o devido destaque à amortização do investimento realizada pelo pagamento integral dos alugueres ao longo de todo o prazo locatício, como essencial à manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

3. A ATIPICIDADE DO CONTRATO E A INTERPRETAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Como se viu, a conjugação dos elementos fundamentais da operação *built to suit*, por si só, já lhe confere relativa originalidade que pressupõe a atipicidade da contratação. Isto fica ainda mais evidente a partir do momento em que a operação admite uma série de particularidades com relação aos elementos secundários, podendo variar de acordo com os interesses em voga.

De fato, a operação implica nova e atípica espécie de contrato que merece tratamento próprio e coerente com as bases negociais sobre as quais foi estruturada.

Como bem observa Haddad Figueiredo, “é contrato dotado de uma expectativa econômica própria, fundado em critérios de paridade e possuindo perfil interempresarial”.⁸ E, é isso que o jurista deve ter em mente quando da análise

7. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. RDI 72/161. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012.

8. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Op. cit.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

desse tipo de contrato, afastando, sobretudo, qualquer absurda suposição de contrato de adesão. Ao se deparar com esse tipo de operação, o magistrado deve atentar para todas as particularidades da operação no caso concreto e velar pela razoabilidade e ponderação quando da interpretação dos fatos e aplicação do direito.

Os contratos atípicos são aqueles que não possuem regramento próprio na legislação, mas são admitidos pelo legislador como resultado natural da liberdade de contratar inerente ao princípio da autonomia privada. Nesse particular, estabelece o Código Civil brasileiro em seu art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Sobre a atipicidade dos contratos, leciona com maestria Orlando Gomes:

“Os *contratos atípicos* formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos. Dividem-se em *contratos atípicos propriamente ditos e mistos*. Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura, dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem terem padrão para observar” (destaques do original).⁹

Nessa linha de estudo de Orlando Gomes, parte significativa¹⁰ da doutrina que propõe uma classificação para os contratos atípicos insere entre as suas categorias a do *contrato misto*. Seria aquele contrato que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não prevista em lei e caracterizada pela unicidade da causa.¹¹

Aliás, segundo esses autores, seria justamente a unicidade que distingue os contratos mistos dos contratos coligados, pois estes últimos não resultam em contrato unitário. Venosa, por exemplo, afirma que: “nos contratos atípicos mistos, quando não há simplesmente uma justaposição de dois contratos

9. GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 103.

10. Idem. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 405; FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 71; e AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 84.

11. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 104.

[como é o caso dos contratos coligados], o que existe é um único contrato, que unitariamente deve ser interpretado”.¹²

Na medida em que a operação *built to suit* tem como elementos fundamentais a construção sob encomenda e a subsequente locação em condições diferenciadas, insere, ao mesmo tempo e num único instrumento contratual, um misto de elementos de institutos jurídicos típicos (contrato de empreitada e contrato de locação) que pode ainda ser modelado e acompanhado de particularidades decorrentes de fatores comerciais e negociais. Portanto, não há como negar a sua atipicidade e, a partir do momento em que se reconhece esse misto de elementos oriundos do contrato de empreitada e do contrato de locação na operação, podendo ainda envolver particularidades vinculadas a outros institutos jurídicos típicos como o contrato de corretagem, tampouco há como afastar da sua interpretação a influência de algumas regras estabelecidas pelo legislador para esses contratos típicos, especialmente por força de aplicação analógica.

Isso significa mais do que simplesmente dizer que o contrato de *built to suit* é atípico e, conseqüentemente, desprovido de disciplina jurídica própria. Isso significa que se trata de contrato atípico misto, desprovido de regramento próprio, que deve observar os princípios e regras gerais do Código Civil aplicáveis a todo e qualquer contrato e que, ainda, está sujeito ao risco de sofrer a influência ou até mesmo a aplicação de regras próprias dos contratos típicos que insere no seu teor.

Nesse particular, deve haver uma maior preocupação e atenção por parte dos juristas que confeccionam os contratos, bem como pelos magistrados quando os interpretam. Interpretar um contrato de *built to suit* como contrato de locação comum ou como um mero contrato de empreitada pode desnaturar a própria contratação,¹³ impondo-se sempre a análise aprofundada do conteúdo contratual em cotejo com a sua estrutura, especialmente tendo em vista que costumeiramente muitos dos contratos *built to suit* são nominados simplesmente “contratos de locação”.

12. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 405.

13. Neste ponto, vale destacar a lição de Venosa quando afirma que a maior importância da distinção entre contratos típicos e atípicos está justamente na sua interpretação e integração: “A importância principal em qualificar um contrato como típico ou atípico está em sua integração e interpretação. Assim, para identificar um contrato como típico ou atípico, importa mais a intenção das partes, a finalidade da vontade contratual, do que as palavras expressas. É aplicação da regra do art. 112 (antigo, art. 85)”. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 404.

Ao confeccionar o instrumento, o jurista deve estar bem ciente desse risco de influência ou até mesmo a aplicação de regras próprias dos contratos típicos para que expressamente excetue as regras possivelmente aplicáveis que não condizem com a real intenção das partes ao contratar, estabelecendo também expressamente, o quanto possível, as bases negociais da operação, de modo a apontar exatamente o que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e orientar a correta aplicação dos princípios incidentes, facilitando o trabalho do magistrado.

Por outro lado, cabe ao magistrado ter consciência da atipicidade do contrato e tentar aferir ao máximo possível a intenção das partes ao contratar no caso concreto, para que as regras destinadas a contratos típicos inseridos na operação não sejam indiscriminadamente aplicadas e a fim de que haja correta ponderação dos princípios incidentes sobre esse tipo de contratação, entre os quais podem ser citados: princípio da autonomia privada, princípio da função social do contrato, princípio da *pacta sunt servanda* e da cláusula *rebus sic stantibus*.

De fato, nos últimos anos a atipicidade dos contratos *built to suit* foi reconhecida pelo Judiciário e o desenvolvimento jurisprudencial foi intenso e importante no sentido de consolidar entendimento sobre algumas questões controvertidas muito debatidas quando se tratava dessa modalidade de negócio, tanto que foi a construção jurisprudencial que serviu de base para as regras que temos hoje especificamente para o *built to suit* – recentemente sancionadas e que serão objeto do próximo capítulo deste artigo.

Entretanto, em que pese a evolução jurisprudencial sobre o tema, jamais se deixou de destacar a importância da interpretação da operação negocial à luz dos fatos concretos e mediante ponderação de princípios para aplicação do direito, abordando inclusive os interesses das partes na época da contratação e as bases negociais sobre as quais foi estruturada a operação. Ora, a importância disso decorre naturalmente da reconhecida atipicidade do contrato, sobretudo, na medida em que há margem para uma série de particularidades que podem ser pactuadas, sendo que cada caso de *built to suit* pode encampar distinções significativas.

Note-se, ademais, que essa modalidade de negócio, a despeito das variadas particularidades possíveis no que tange aos seus elementos secundários, envolve como elementos fundamentais algo mais complexo do que um mero misto de elementos de contrato de empreitada com elementos de contrato de locação. O perfil econômico da operação, o cenário econômico, os investimentos e altos riscos assumidos de parte a parte conferem às relações de empreitada e de locação embutidas no *built to suit* uma complexidade muito maior, se comparadas às empreitadas e locações padrão, enquanto contratos típicos.

Construir sob encomenda ou sob medida na modalidade *built to suit* envolve algo muito mais complexo e não se confunde com uma simples reforma

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. Revista de Direito Imobiliário, vol. 78, ano 38, p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

ou uma construção qualquer. Trata-se de uma prestação que, pelos riscos inerentes, acaba ditando as contrapartidas que serão posteriormente impostas ao empresário-locatário.¹⁴ Como já se mencionou, trata-se de obra construída sob a responsabilidade integral do empreendedor-locador, ainda que este contrate terceiros à relação para execução da construção, contra quem o empreendedor-locador terá no máximo direito de regresso porque sempre será o único responsável pela obra perante o empresário-locatário. Com efeito, será o empreendedor-locador que responderá pela solidez e segurança da obra, bem como por outras obrigações como obtenção de alvarás, habite-se, licenças etc.

Em contrapartida, como resultado dessa obrigação de construir sob encomenda e dos riscos e responsabilidades assumidos pelo empreendedor-locador, ter-se-á uma subsequente locação que justificadamente vai além dos limites de uma relação locatícia comum disciplinada pela Lei de Locações. Entre as características mais distintivas da locação comum, destaca-se o valor do aluguel, que evidentemente extrapolará o valor de mercado para locação comum, uma vez que o valor ajustado da prestação mensal se destinará à amortização do investimento pelo empreendedor-locador, além da remuneração pelos riscos incorridos e pela cessão de uso e gozo do imóvel como locação.

Tudo dependerá, entretanto, das peculiaridades do caso concreto. Por exemplo, é válido mencionar que o fato do empresário-locatário vir a custear os materiais empregados na construção não desvirtua necessariamente o *built to suit*, porém terá grande impacto na negociação do valor do aluguel e, indiretamente, na definição do prazo mínimo do contrato. Ainda assim, para negociação do valor do aluguel e definição do prazo mínimo da locação, é de se observar que o imóvel, ao ser construído de acordo com os exclusivos interesses do empresário-locatário, pode pouco ou nada servir ao empreendedor-locador no futuro, podendo até ter pouca aceitabilidade pelo mercado e faltar-lhe público interessado, importando em verdadeiro prejuízo futuro para o empreendedor locador – seja pela desvalorização do imóvel, seja pela necessidade de demolição.¹⁵ Por isso, sempre é indispensável a interpretação do negócio à luz do caso concreto para posteriormente se aplicar o direito.

De uma forma geral, contudo, e especialmente considerando as controvérsias repetidamente debatidas no Judiciário¹⁶ acerca do *built to suit*, foi pacifi-

14. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Op. cit.

15. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Op. cit.

16. Pela invalidade da cláusula de renúncia ao direito revisional:

“*Locação – Revisional de aluguel – Termo aditivo ao contrato, em que o locador renuncia ao direito na vigência do ajuste – Ineficácia – Voto vencido*” (TARJ, Ap

cado entendimento jurisprudencial sobre alguns pontos relevantes da negociação e diretamente atrelados aos elementos fundamentais sempre presentes na operação, o que será objeto dos subcapítulos adiante. São eles: (i) a possibilidade de renúncia ao direito de revisão do aluguel por determinado prazo; e (ii) a possibilidade de fixar multa rescisória elevada e desproporcional para o empresário-locatário, admitindo-se como valor limite o correspondente a soma de todos os alugueres faltantes até o término do prazo contratual, cujo pagamento é necessário para a remuneração do investimento, dos riscos incorridos pelo empreendedor-locador e da própria cessão de espaço, de modo a ser mantida a equação econômico-financeira do contrato.

3.1 A renúncia à revisão do aluguel

Sobre o entendimento consolidado pelos Tribunais acerca da possibilidade de renúncia ao direito de revisão do aluguel por determinado prazo, a evolução da jurisprudência foi relevante. Num primeiro momento, foi efetivamente reconhecido o direito à revisão do aluguel nos contratos *built to suit* – superando qualquer entendimento mais rígido de suposta imutabilidade desta modalidade de negociação. Posteriormente, ante as peculiaridades do *built to suit*, de um lado, e ante os postulados da teoria da imprevisão, de outro, foi pacificado o entendimento de que é possível a renúncia expressa pelo empresário-locatário ao direito de revisão do aluguel previsto no art. 19 da Lei de Locações por determinado período de tempo, podendo ser durante todo o prazo original do contrato, porém sem abranger as suas prorrogações.¹⁷

Com efeito, considerando as peculiaridades desse modelo de negócio em que o aluguel representa contraprestação cujo valor é destinado a remunerar tanto a cessão do uso e gozo do imóvel quanto o investimento do empreendedor-locador e os riscos incorridos por ele, bem como considerando a boa-fé objetiva que sempre deve permear os contratos, mostra-se razoável a ponderação de princípios que apontam para a validade da renúncia expressa do empresário-locatário ao direito de revisão do aluguel por determinado período de tempo.

4.869/94, 8.^a Câmb., j. 17.08.1994, rel. Jayro dos Santos Ferreira [JRP\1995\1865]). No sentido de sua validade: “Havendo, no contrato de locação, cláusula expressa de renúncia ao direito de revisão, fica impedida a alteração, no prazo original, do valor fixado para o aluguel” (STJ, 6.^a T., j. 18.05.2010, AgRg no REsp 692.703/SP, rel. Min. Celso Limongi, Des. Convocado do TJSP, DJe 07.06.2010).

17. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Op. cit.

Não obstante isso, se for o caso de revisar o valor do aluguel contratual – seja porque ultrapassado o prazo convencionado, seja porque não houve renúncia expressa ao direito – nem assim poderá deixar de haver interpretação ponderada à luz do caso concreto, para que a revisão não distorça as bases contratuais, levando à inversão do polo considerado prejudicado. Ora, conforme bem ressalta Haddad Figueiredo:

“(…) deve-se levar em consideração o impacto que o decreto de revisão terá sobre a operação *built to suit* como um todo, ou seja, sobre os contratos conexos existentes. (...) Por essas razões, ao se tratar do contrato em comento, a aplicação da regra geral de revisão judicial dos contratos deve ser adequadamente ponderada, impondo-se, quando aplicável, avaliar se recomendável que o seja com mitigada força” (destaque do original).¹⁸

Da mesma forma deve ser tratada a questão da multa rescisória a ser paga pelo empresário-locatário que pretender rescindir antecipadamente o contrato, objeto do próximo subcapítulo.

3.2 A desproporcionalidade na multa por rescisão antecipada

A multa rescisória nos contratos *built to suit* já foi admitida pelos Tribunais pátrios como válida ainda que pactuada em valor elevado e desproporcional, desde que limitada ao valor total da obrigação principal, ou seja, à soma de todos os alugueres faltantes até o fim do prazo contratual, excetuadas eventuais prorrogações.¹⁹

De fato, o valor da multa rescisória merece sim, neste tipo de contratação, exceção quanto à estrita proporcionalidade prevista no art. 4.º da Lei de Locações, podendo corresponder ao total da obrigação principal, na medida em que é fundamental para manutenção da equação econômico-financeira do negócio.

A rigor, a fixação de multa compensatória presume a preliquidação dos danos, os quais serão devidos independentemente de comprovação.

A propósito, vale destacar a lição de Cavalieri Filho a respeito do tema:

“A *cláusula penal*, por sua vez, tem por função principal prefixar a indenização no caso de inexecução da obrigação ou de retardamento no seu cumprimento. (...) Tem a vantagem de evitar a penosa tarefa de liquidar o dano, muitas vezes de difícil demonstração, de sorte que a penalidade estabelecida

18. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Op. cit.

19. O próprio Código Civil estabelece que: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

na cláusula pode ser exigida independentemente de comprovação de qualquer prejuízo. Embora para alguns autores a cláusula penal tenha função compulsória, por constituir um meio de forçar o cumprimento do avençado, uma espécie de pena que visa a compelir o devedor ao adimplemento da obrigação, não há dúvida de que essa é apenas a sua função secundária. A principal é aquela de liquidar antecipadamente as perdas e danos pelo eventual inadimplemento.”²⁰

Considerando a natureza atípica do contrato *built to suit* e suas diversas particularidades possíveis, ganha ainda maior relevância a fixação da multa em valor estimado como suficiente para manutenção da equação econômico-financeira do contrato e indenização de todos os danos, haja vista a dificuldade de demonstração do efetivo prejuízo após a quebra de confiança entre as partes decorrente do rompimento contratual.

Assim, o valor da multa deve ser efetivamente fixado com a finalidade de, em primeiro lugar, amortizar o investimento do empreendedor-locador e, em segundo lugar, porém não menos importante, indenizá-lo pelos demais prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato, justificando a desproporcionalidade.

Portanto, também aqui nesta questão da multa rescisória a interpretação e ponderação dos elementos concretos e bases negociais, especialmente tendo em vista a equação econômico-financeira e uma indenização justa, fazem-se extremamente importantes, tanto para o jurista que confeccionará o contrato – que deverá estimar o valor da multa compensatória –, quanto para o magistrado que julgar eventual pedido de redução do valor da multa com fulcro no art. 413 do CC/2002²¹ – redução esta que apenas é admitida em caráter excepcional desde que haja comprovado excesso, lembrando que o parâmetro de excesso no *built to suit* deverá ser sempre peculiar e diverso do senso comum, sem perder de vista todas as noções sobre o tema expostas até aqui.

De fato, na análise do suposto excesso para fins de julgamento do pedido de redução da multa, o magistrado não pode perder de vista o efetivo prejuízo suportado pelo empreendedor-locador, devendo certamente levar em consideração os elementos concretos do negócio, a expectativa econômico-financeira do contrato, os investimentos realizados e os riscos incorridos.

20. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 283.

21. “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Por exemplo, será preciso ponderar se, ao final do contrato, o imóvel poderá ou não ser facilmente locado a outros empresários. Se o imóvel for de difícil recolocação no mercado ou, pior, houver necessidade de demolição, evidente que deve ser fator importante na avaliação do suposto excesso o período de tempo em que o imóvel não será passível de exploração econômica.

No mesmo sentido, caso o contrato de *built to suit* estabeleça que, além da multa pactuada, cabe indenização suplementar por perdas e danos comprovados, à luz do que autoriza o parágrafo único do art. 416 do CC/2002,²² também deverá haver ponderação por parte do magistrado na apuração e análise do efetivo prejuízo sustentado e comprovado pelo empreendedor-locador em eventual ação indenizatória movida contra o empresário-locatário. Deverão ser, da mesma forma, considerados todos os elementos concretos, as bases contratuais, a intenção das partes no momento da contratação, a expectativa econômico-financeira do contrato, os investimentos e riscos incorridos.

Com efeito, entendo que eventual prejuízo comprovadamente excedente ao valor da multa rescisória pactuada poderá, neste caso, desde que observado o disposto no parágrafo único do art. 416 do CC/2002, ser objeto de indenização suplementar determinada em juízo. Particularmente, aliás, parece-me que a limitação correspondente à soma dos alugueres faltantes imposta à multa rescisória por força do art. 412 do CC/2002 não se estende à indenização suplementar nos termos supraexpostos, até porque em nenhum momento houve nos precedentes jurisprudenciais que trataram da matéria qualquer menção a eventual restrição do direito à ampla indenização assegurado pelo art. 927 do CC/2002,²³ obviamente, desde que comprovados os danos.

Ou seja, mais uma vez ante as particularidades do *built to suit*, também nas questões atinentes à multa rescisória, importantíssimo e indispensável se torna o exame aprofundado do caso concreto.

22. “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencional. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

23. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

E, embora recentemente tenha o legislador alterado a Lei de Locações (Lei 8.245/1991) para inserir nela algumas novas disposições destinadas ao *built to suit* – objeto do próximo capítulo –, isto em nada altera ou retira a importância das noções acima expostas. Como se verá a seguir, as novas regras criadas pelo legislador não eliminam completamente a atipicidade do contrato *built to suit* e nem mitigam a importância do exame de cada caso concreto em suas mínimas particularidades, para interpretação razoável e ponderação dos princípios incidentes quando da aplicação do direito.

4. A LEI 12.744/2012

A promulgação da Lei 12.744/2012 veio com a justificativa de que era necessário dar uma resposta às reclamações e reiteradas críticas dos agentes do mercado imobiliário com relação à falta de segurança jurídica para as operações *built to suit* no Brasil.

Embora o Judiciário viesse reconhecendo a atipicidade dos contratos *built to suit* e a evolução jurisprudencial sobre o tema tenha sido relevante, como se disse mais acima, a falta de regulamentação e os possíveis questionamentos judiciais causavam certa insegurança aos agentes do mercado.

Tanto era assim que muitas dessas operações *built to suit* acabaram sendo constituídas com a instituição de cláusula arbitral ou até mesmo com a utilização da concessão do direito real de superfície, o que acabava desvirtuando a própria operação.

A instituição da cláusula arbitral visava a afastar do Judiciário as questões relativas à operação para que fossem discutidas num âmbito mais familiarizado com relações interempresariais, mercado imobiliário e interesses privados, entretanto, isso não colaborava muito para a evolução jurídica sobre o tema no país, uma vez que tais discussões acabavam sendo encobertas pelo sigilo do procedimento arbitral.

Na mesma linha de raciocínio, a estruturação da operação por meio de concessão de direito real de superfície – em que há outorga do terreno por prazo determinado e mediante pagamento de um preço – visava a afastar qualquer questionamento sobre o valor da cláusula penal compensatória no caso de rescisão antecipada e/ou sobre revisão das parcelas, já que o preço era certo e predeterminado no momento da assinatura da escritura pública.²⁴ Entretanto, a estruturação do negócio sob esse formato desvirtuava muito a operação, seus propósitos e seus elementos fundamentais.

24. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Insegurança nos contratos 'built to suit'. Op. cit.

Ou seja, era mesmo urgente e necessária a regulamentação da operação em questão no Brasil, sendo que há muito tempo já se ansiava por isso. A utilização crescente dessa modalidade de operação no país naturalmente trazia a necessidade de se oferecer maior segurança jurídica a tais contratos, até mesmo para expiar o risco que a omissão legislativa representava sob o ponto de vista de desestímulo a essa operação que se tornava cada vez mais importante ao mercado imobiliário e corporativo brasileiro.

Assim, recentemente, foi sancionada a Lei 12.744/2012 que acrescentou o art. 54-A à Lei de Locações (Lei 2.845/1991) para normatizar os contratos *built to suit*, nos seguintes termos:

“Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1.º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2.º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.”

Como se vê, embora a lei tenha o propósito de regulamentar a operação imobiliária, a disposição do art. 54-A não retira completamente a atipicidade do contrato *built to suit*, considerando-o modalidade de locação especial, na medida em que estabelece que prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato, sujeitas, contudo, às disposições procedimentais da Lei de Locações.

O legislador, portanto, acaba aqui confirmando certa atipicidade contratual e prestigiando a autonomia das partes, ao contrário do que faz com relação à locação típica no mesmo diploma legal, em que prevalece a proteção ao locatário.

Nesse particular, a inserção desta norma na legislação foi fundamental para que se alinhasse a interpretação que deve ser conferida a este tipo de contrato específico. Ou seja, continuam mais atuais do que nunca as considerações expostas mais acima sobre a importância da interpretação deste contrato à luz do caso concreto com ponderação dos princípios incidentes.

Não obstante isso é de se notar que foi conferida maior segurança jurídica por meio da previsão legal na medida em que o legislador confirma expressa-

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

mente a prevalência dos termos do contrato e tranquiliza os agentes do mercado nesse sentido, assegurando, ainda, em seus parágrafos, duas das condições mais essenciais à celebração da negociação, quais sejam: (a) a possibilidade de renúncia ao direito de revisão do aluguel; e (b) a possibilidade de estabelecer multa rescisória desproporcional até o importe equivalente à soma dos valores dos aluguéis vincendos até o término do prazo contratual.

Em 2011, Gasparetto já alertava para a importância dessas duas condições como “essenciais para a estruturação e financiamento dessas operações, sem as quais se impossibilitaria a criação de um crédito imobiliário de longo prazo atrativo ao mercado de capitais”.²⁵

Daí se depreende a importância da normatização trazida pela Lei 12.744/2012. Com efeito, dentre todas as particularidades do *built to suit*, essas duas condições suprarreferidas essenciais à negociação sempre foram objeto de maiores questionamentos judiciais, sobre as quais pendia grande insegurança jurídica. Embora algumas das disposições do Código Civil respaldassem tais condições – especialmente os arts. 412²⁶ e 473, parágrafo único²⁷ –, o art. 45²⁸ da Lei de Locações, que estabelece que são nulas de pleno direito todas as cláusulas que visem a elidir os objetivos da lei especial, gerava muita insegurança ao se considerar o risco de exame da operação sob a ótica de locação típica, sujeita ao disposto nos arts. 4.^o²⁹ e 19^o³⁰ da Lei de Locações.

25. Idem.

26. “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

27. “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.
Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

28. “Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proibam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.”

29. “Art. 4.^o Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada” (redação anterior à Lei 12.744/2012).

30. “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

Contudo, agora, com a inclusão do art. 54-A e seus parágrafos na Lei de Locações, foi conferida a segurança jurídica necessária de que, nos contratos *built to suit*, são plenamente válidas a cláusula de renúncia ao direito de revisão do aluguel e a cláusula que estabelece multa rescisória equivalente à soma dos alugueres vincendos até o fim do prazo contratual, permitindo segurança no fluxo de recebíveis. Aliás, em decorrência desta inclusão do art. 54-A e seus parágrafos, foi também alterada a redação do art. 4.º da Lei de Locações, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4.º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2.º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.”

Por tudo isso, foi muito festejada entre os agentes do mercado imobiliário a promulgação da Lei 12.744/2012, porquanto atende exatamente a seus anseios no que diz respeito à segurança jurídica que era necessária às operações *built to suit*, sem, contudo, retirar a flexibilidade que lhes é inerente para definição de particularidades conforme os interesses em jogo, tendo sido confirmada pelo legislador certa atipicidade dessa modalidade de locação, tal como ocorre com os Contratos de Locação em Shopping Centers.³¹

Nesse particular, é de se destacar os méritos do nosso processo legislativo nacional que evoluiu nas discussões sobre a normatização da operação e chegou a esse resultado final.

Inicialmente, o Projeto de Lei original (PL 6.562/2009 – de autoria do Deputado Carlos Bezerra) pretendia simplesmente afastar da Lei de Locações os contratos *built to suit*, para confirmar que seriam regidos pelas regras gerais do Código Civil e pelos princípios gerais de direito. Entretanto, o Projeto Subs-

31. “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

§ 1.º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*:

a) as despesas referidas nas alíneas *a*, *b* e *d* do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

§ 2.º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.”

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

titutivo aprovado (PL 356/2011 – de autoria do Deputado Julio Lopes) foi no sentido inverso, incluindo na Lei de Locações algumas normas específicas sobre os contratos *built to suit*, à semelhança e em analogia ao que prevê o art. 54 da Lei de Locações relativamente às relações locatícias em Shopping Centers, conferindo ampla abertura negocial para as partes contratantes. Vale transcrever um trecho da justificativa para aprovação do Projeto Substitutivo:

“Finalizando destaca-se que as locações contidas no bojo destes contratos terão amparo diferenciado da lei locatícia, prevalecendo os ajustes entre as partes estabelecidos de acordo com as necessidades que geraram aquele negócio, sem prejuízo do devido respeito às demais normas processuais da Lei do Inquilinato.”³²

Dessa forma, o projeto da Lei 12.744/2012 foi encaminhado para sanção com o propósito de alterar o *caput* do art. 4.º da Lei de Locações e incluir nesse mesmo diploma legal o art. 54-A, acompanhado de três parágrafos, tendo sido, entretanto, acertadamente vetado pela Presidência da República o seu § 3.º, pelas seguintes razões:

“§ 3.º Desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento. (*vetado*)”.

Justificativa do veto: “Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente”.³³

Assim, foi promulgada a Lei 12.744/2012 para alterar o *caput* do art. 4.º da Lei 8.245/1991 e incluir nesse mesmo diploma legal o art. 54-A, acompanhado de dois parágrafos, conforme acima exposto, trazendo a operação de *built to suit* para o âmbito da Lei de Locações com manutenção de suas características próprias, sem eliminar completamente sua atipicidade, oferecendo segurança jurídica sobre as questões da renúncia ao direito revisional e da multa rescisória desproporcional e, por fim, estabelecendo as mesmas normas processuais das locações típicas para a solução das controvérsias oriundas do *built to suit*.

32. BERZOINI, Ricardo. Relator do PL 6.562/2009.

33. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem 580, de 19.12.2012. Publicada no DOU 20.12.2012.

5. ALGUMAS CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ELOGIOS FORMULADOS AO TEXTO DA LEI 12.744/2012

Antes de encerrar o presente trabalho, convém ainda abordar algumas das críticas, comentários e elogios que vem sendo formulados ao texto da Lei 12.744/2012.

Gasparetto, por exemplo, entende que a lei acarreta o risco de se criar um desequilíbrio no mercado de locações comerciais e afirma que somente por meio de futuros litígios é que se poderá mensurar se foi acertada a decisão de utilizar a Lei de Locações para normatizar o *built to suit*. Até lá, entende que o mercado locatício comercial passará por uma fase de adaptação e testes. Com isso, opina favoravelmente ao projeto de lei originário que pretendia excluir do âmbito da Lei de Locações o *built to suit*. Confira-se:

“Embora louvável a iniciativa de normatização, seria preferível apostar no projeto de lei originário. Os contratos *built to suit* em nada ofendem as leis de ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito e poderiam ser normatizados pelo Código Civil, não por uma lei especial de locações” (destaques do original).³⁴

Da mesma opinião partilha Waldir de Arruda Carneiro. Entende especificamente que a caracterização do preço do *built to suit* como aluguel, justificado pelos benefícios tributários decorrentes, destinado conjuntamente à remuneração da cessão de espaço e também do investimento que ficará para o proprietário e não para o locatário, acarreta uma subversão da estrutura lógico-sistemática da Lei Inquilinária que, originalmente, vislumbrava a proteção ao locatário. Vale transcrever alguns de seus comentários:

“Temo que os tempos da criteriosa tutela locatícia, que tanto já protegeu o mercado, estejam com os dias contados. (...) Ademais, ante do travestimento de outras prestações contratuais em simples aluguel, o uso desse modelo acarretará aumento dos aluguéis de mercado, com efeitos deletérios para o controle inflacionário.”³⁵

Sabrina Berardocco Carbone também entende que a normatização do *built to suit* não poderia se dar no âmbito da Lei de Locações. Afirma que a inclusão

34. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Menos riscos nos contratos de locações. Disponível em: [www.valor.com.br/brasil/2971004/menos-riscos-nos-contratos-de-locacao]. Acesso em: 22.07.2014.

35. CARNEIRO, Walter de Arruda. Projeto de lei para imóveis por encomenda. Disponível em: [www.valor.com.br/brasil/2938360/projeto-de-lei-para-imoveis-por-encomenda]. Acesso em: 22.07.2014.

do *built to suit* neste diploma legal engessa esse modelo de negócio imobiliário complexo e multidisciplinar, inserindo-o num diploma legal específico e limitado às situações por ele acobertadas, na medida em que, embora prevaleçam as condições contratuais, o modelo fica preso às normas procedimentais para solução de controvérsias. Com isso, conclui:

“Em nosso humilde entendimento, teria o legislador agido com mais acerto se tivesse incorporado esse contrato no contexto do CC, diploma que contém um espectro bem amplo na questão da inexecução das obrigações e princípios, relegando ao CPC os procedimentos destinados à tutela jurisdicional invocada pelas partes, já que este último diploma legal se constitui em um código de procedimentos e princípios de largo espectro também.”³⁶

Ainda, sobre a técnica utilizada pela Lei 12.744/2012 para estabelecer, à semelhança das locações em Shopping Centers, que prevalecerão no *built to suit* as condições contratuais pactuadas, algumas críticas são tecidas.

Scavone, por exemplo, preocupa-se em destacar que a disposição apenas visa a deixar claro que as convenções incomuns do *built to suit* não afastam a natureza locatícia do contrato, mas não exatamente que as condições contratuais pactuadas prevaleceriam sobre a própria norma inquilinária. Confrimam-se alguns de seus comentários:

“A ideia não é mesmo nova e repete a atecnia duramente e unanimemente criticada pela doutrina, constante do art. 54 que trata das locações em shopping centers. (...) A redação da norma dá absurda impressão de que a prevalência é sobre a própria norma inquilinária.”³⁷

Por outro lado, muitos também são os elogios à nova lei e positivas são as perspectivas com a sua promulgação.

Mara Alessandra Reis de Carvalho é exemplo dos mais otimistas com a nova legislação. Vale transcrever suas considerações:

“Com isso, nesse final de ano, o legislativo acabou por presentear o mercado imobiliário com mais uma conquista. Essa conquista representa incentivo para os investidores, crescimento para o mercado imobiliário e uma considerável contribuição para alavancar a economia nacional, uma vez que os contratos de

36. CARBONE, Sabrina Berardocco. Built to suit – Uma visão crítica de sua introdução na lei de locações. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/16,mi184368,51045-built-to-suit+uma+visao+critica+de+sua+introducao+na+lei+de+locações] Acesso em: 22.07.2014.

37. SCAVONE JR., Luiz Antônio. Op. cit.

built to suit geram vultosas movimentações financeiras, em cifras bilionárias. Numa visão mais ampla, pode-se concluir que todos se beneficiaram com essa iniciativa legislativa, quer seja o setor público ou privado, ou ainda, a sociedade brasileira. Parabéns ao mercado imobiliário” (destaques do original).³⁸

De acordo com Bárbara Mengardo,³⁹ a expectativa do Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (Secovi-SP) era que o volume de negócios crescesse até 10% no ano de 2013, em comparação com 2012, com a nova previsão legal. Ainda, de acordo com Mengardo, o presidente da construtora CB Richard Ellis no Brasil, Sr. Walter Cardoso, afirmou que, com a normatização, o locatário vai ter muito mais oferta e os preços podem ficar mais convidativos, pois o locatário conseguirá com mais facilidade realizar a securitização dos valores a serem recebidos por meio do aluguel e grande parte dos locadores poderão financiar a construção ou reforma dos imóveis por meio de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI).

Por fim, os mais cautelosos alertam que só o decurso do tempo e os precedentes jurisprudenciais poderão demonstrar com clareza a eficiência da alternativa legislativa adotada. É o que, por exemplo, destaca Beckert Marcondes:

“Embora a incorporação do contrato *built to suit* na Lei de Locações, reconhecendo sua natureza jurídica de contrato de locação represente um grande avanço e segurança jurídica para as partes, ainda restam muitas dúvidas quanto a sua aplicação. Só o decurso do tempo, a doutrina e a jurisprudência é que delinearão algumas das dúvidas que ainda pairam em relação ao contrato *built to suit*” (destaques do original).⁴⁰

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas da elevada importância que a operação *built to suit* assumiu em nossa economia. A mera leitura do presente artigo demonstra tal relevância, tanto que a evolução jurídica sobre a operação foi marcante.

38. CARVALHO, Mara Alessandra Reis de. Nova lei do inquilinato incentiva investidores. *Revista Consultor Jurídico*, 11.01.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jan-11/mara-carvalho-lei-inquilinato-presenteia-mercado-incentiva-investidores]. Acesso em: 22.07.2014.

39. MENGARDO, Bárbara. Op. cit.

40. MARCONDES, Josiclér Vieira Beckert. Lei de Locações deve ser aplicada em *Built to Suit*. *Revista Consultor Jurídico*, 22.07.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-22/josicler-marcondes-lei-locacoes-aplicada-built-to-suit]. Acesso em: 22.07.2014.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Nesse sentido, em que pesem algumas críticas formuladas, louvável foi a iniciativa de normatização sobre essa operação do mercado imobiliário. De fato, o mercado e a própria economia ansiavam essa regulamentação e a segurança jurídica que efetivamente trouxe, ao menos, com relação aos termos mais essenciais da negociação, quais sejam: a possibilidade de renúncia à revisão do aluguel e a estipulação de multa elevada e desproporcional correspondente à soma de todos os alugueres vincendos até o fim do prazo ajustado.

Entretanto, como se disse anteriormente, a regulamentação não suprimiu completamente – aliás, ao contrário, entendo que confirmou em parte – a atipicidade inerente a tais contratos de *built to suit*. Embora o legislador tenha optado por inserir essa modalidade de operação no âmbito da Lei Inquilinária, o fez com a ressalva de que não se trata de locação típica sujeita à proteção que a própria Lei confere ao locatário, de modo que suas condições contratuais deverão prevalecer no momento da interpretação e aplicação do direito (art. 54-A da Lei 8.245/1991), ressaltando a parcial atipicidade da contratação e, sob essa ótica, a cautela que se deve ter na sua interpretação.

Conforme bastante salientado no decorrer deste trabalho, na medida em que se identifica a atipicidade contratual, de fato, devem prevalecer as condições contratuais pactuadas, porém, mais do que tudo, deve estar em evidência a observância aos princípios gerais do direito aplicáveis e a atenção com relação à verdadeira intenção das partes no momento da contratação. E, nesse particular, a normatização trazida pela Lei 12.744/2012 em nada afasta as cautelas ora mencionadas.

Ou seja: independentemente da normatização, os contratos *built to suit* podem continuar sendo concebidos juridicamente como contratos especiais, em parte atípicos, a serem interpretados de acordo com suas condições contratuais, princípios aplicáveis e intenção das partes no momento da contratação, sendo, agora, contudo, sujeitos às regras procedimentais de resolução de controvérsias previstas na Lei de Locações.

Justamente por isso alguns críticos da Lei 12.744/2012 afirmam que seria mais apropriado o projeto de lei originário que excluía os contratos *built to suit* do âmbito da Lei de Locações para incorporá-los ao contexto do Código Civil, que é um diploma bem mais amplo na questão da inexecução das obrigações e princípios e que relega ao Código de Processo Civil os procedimentos destinados à tutela jurisdicional invocada pelas partes, diploma legal este que também se constitui em um Código bem mais amplo de procedimentos.

Com todo respeito, entretanto, e obviamente ressaltando todas as cautelas de interpretação supramencionadas, concordo com a alternativa legislativa

adotada no sentido de inserir o *built to suit* no âmbito da Lei de Locações como contrato especial, em parte atípico, porém de reconhecida natureza locatícia.

Ao longo do presente estudo, em mais de uma passagem, ficou evidenciada a locação de médio e/ou longo prazo como um dos dois elementos fundamentais da operação *built to suit*. De fato, a relação de trato sucessivo de mais longo prazo inserida nesse tipo de contrato é eminentemente locatícia, sendo, contudo, precedida de uma construção por encomenda em condições especiais que lhe confere a especialidade e certa atipicidade ressalvada pela própria Lei 12.744/2012 e insculpida no *caput* do art. 54-A da Lei de Locações. Nessa linha, considero que o raciocínio jurídico aplicado às relações locatícias e a objetividade inerente à legislação inquilinária vem a contribuir muito para a correta interpretação das operações *built to suit* e até mesmo para a celeridade das soluções das eventuais controvérsias advindas, na medida em que os procedimentos da Lei Inquilinária são, sob esse aspecto, bastante eficientes.

Ademais, com relação ao temor manifestado por alguns críticos acerca de possível oscilação no mercado locatício com suposto prejuízo aos locatários de locações típicas e comuns, entendo que o temor, na verdade, decorre muito mais da existência de profissionais despreparados no mercado, que desconhecem exatamente o conceito e as noções em torno da operação *built to suit*, do que propriamente da inclusão do *built to suit* no âmbito da Lei de Locações como proposto pela Lei 12.744/2012.

Como já reiteradamente destacado, a operação foi incluída na Lei Inquilinária como locação especial, em parte atípica, e, portanto, distinta das locações comuns. A evolução jurídica sobre o *built to suit* e sua inclusão nesse formato de locação especial, distinta das locações típicas e comuns, ressalvada assim como a locação em Shopping Center, não permitirá que o temor desses críticos se consolide como regra geral. Os parâmetros da negociação *built to suit* não podem e jamais poderão ser aplicados a locações comerciais comuns, nem sob o ponto de vista de valor de aluguel, nem sob o ponto de vista das demais condições contratuais, especialmente sobre benfeitorias e prazos.

Acredito nisso, assim como acredito na existência de um maior número de bons profissionais no nosso mercado do que de maus profissionais. Ademais, a própria jurisprudência sobre locações em Shopping Centers acena como ponto positivo para a solução legislativa adotada no caso do *built to suit*. Por fim, me parece que os precedentes jurisprudenciais já firmados sobre o tema *built to suit* serão importantes balizas para que distorções como as vislumbradas pelos críticos não se consolidem.

No mesmo sentido, entendo que as críticas de Scavone sobre a técnica utilizada pela Lei 12.744/2012 para ressaltar as condições contratuais do *built to*

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. Revista de Direito Imobiliário. vol. 78. ano 38. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

suit não são suficientes para afastar a importância da louvável normatização, especialmente ante a experiência positiva constatada nos tribunais pátrios a respeito das locações em Shopping Centers e aplicação do art. 54 da Lei de Locações.

Portanto, entendo que é mesmo de se render aplausos à iniciativa legislativa de normatização por meio da Lei 12.744/2012. Ainda que tardiamente promulgada, vem a acelerar e fomentar esse tipo de operação imobiliária tão importante para a economia nacional justamente num momento que tende à recessão econômica, o que vem a conferir-lhe ainda maior relevância e destaque.

Importante, assim, que zelemos pela sua correta aplicação à luz do que foi exposto ao longo desse artigo e dos princípios de direito aplicáveis.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Built to suit*, de Luiz Augusto Haddad Figueiredo – RDI 72/161 (DTR\2012\44784); e
- *Built to suit* – Operação de crédito imobiliário estruturada, de Marcelo José Lomba Valença – RDB 27/328 (DTR\2005\35).

NOTAS SOBRE A ESCRITURA PÚBLICA NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS

NOTES ON PUBLIC DEEDS IN THE MANOELINE ORDINANCES

LUIZ RODRIGO LEMMI

Especialista e pós-graduado *lato sensu* em Contratos pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS), antigo Centro de Extensão Universitária de São Paulo (CEU). Oficial do 2.º Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas de Marília-SP.
oficial@2rimarilia.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: O presente texto procura simplesmente destacar os dispositivos das Ordenações Manue-
linas relacionados com as escrituras públicas, fa-
zendo pequenos comentários para realçar a sua
importância histórica.

PALAVRAS-CHAVE: Ordenações Manoelinas – Es-
crituras públicas – Tabelião – História do direito.

ABSTRACT: This paper just seeks to highlight the
provisions of Manoeline Ordinances relating to
public instruments, making little coments to
show its historical importance.

KEYWORDS: Ordinances Manoeline – Public
instruments – Notary – History law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Pequenas referências à história das ordenações – 3. Livro I – 4.
Livro II – 5. Livro III – 6. Livro IV – 7. Livro V – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Na sequência do ensaio sobre a escritura pública nas Ordenações Afonsinas, publicado no vol. 76 da Revista de Direito Imobiliário, vem o presente texto, o qual procura extrair das Ordenações Manue-
linas os dispositivos refe-
rentes às escrituras públicas.

Esclarece-se que foram feitas pesquisas no acervo da biblioteca da Faculda-
de de Direito da USP, não tendo o autor logrado sucesso em encontrar textos
que amparassem seus comentários sobre as escrituras públicas nas citadas or-
denações, sendo localizados apenas artigos que tratavam sobre a história geral
das ordenações ou sobre outros assuntos jurídicos.

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manue-
linas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol.
78. ano 38. p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Então, o ensaio que segue é um singelo relatório dos dispositivos constantes das citadas ordenações que tratam das escrituras públicas, acrescidos de breves comentários do autor.

É bom esclarecer que foi utilizada a versão das referidas ordenações disponível em 25.04.2014 no site da Universidade de Coimbra [www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas//ordemanu.htm].

2. PEQUENAS REFERÊNCIAS À HISTÓRIA DAS ORDENAÇÕES

Conta-se que as Ordenações Afonsinas, que entraram em vigor em meados do século XV, eram manuscritas e que, exatamente por isso, tiveram pouca circulação, haja vista a óbvia dificuldade de fazer cópias à mão de um longo texto.¹

Diante da introdução da imprensa em Portugal em 1487, Dom Manuel, rei português de 1495 a 1521 – e, portanto, o primeiro rei europeu do Brasil –, quis imprimir as ordenações do reino para facilitar sua divulgação, determinando que antes seu texto fosse atualizado com as leis editadas após a entrada em vigor do texto afonsino.²

E o texto das ordenações precedentes acabou sendo aprimorado também, sendo comuns na doutrina os comentários de que as Ordenações Manuelinas foram escritas com estilo mais conciso.³

Manteve-se a mesma ordem do texto afonsino, sendo todo o diploma dividido em 5 livros: o primeiro dedicado aos oficiais do reino, o segundo reunindo disposições sobre assuntos diversos sem uma aparente ligação entre si, o terceiro sobre processo, o quarto sobre direito civil e o quinto sobre direito penal.⁴

Este autor pensa que é lícito acrescentar que, enquanto as ordenações afonsinas eram fundamentalmente uma consolidação de leis, ou seja, uma compilação de dispositivos legais que antes estavam esparsos em diversos diplomas distintos, as ordenações manuelinas davam uma nova redação às leis portugue-

1. POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. *Ordenações do Reino de Portugal*. p. 21.

2. *Idem*, *ibidem*.

3. *Idem*, p. 22. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas*. p. 24.

4. POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. *Ordenações do Reino de Portugal*. p. 22; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas*. p. 24.

sas, revogando as disposições contrárias, excetuando-se um ou outro trecho em que se compilava uma lei anterior.

3. LIVRO I

3.1 O *caput* do Título LIX do Livro I, intitulado “Dos tabaliães das notas e do que a seus officios pertence” estabelecia que os tabaliães deviam escrever as notas dos contratos que fizessem em seu livro de notas e depois as deviam ler às partes e a no mínimo duas testemunhas, recolhendo as assinaturas de todos ao final, o que guarda nítida semelhança com as disposições do Código Civil em vigor.⁵

Se uma das partes não soubesse assinar, uma outra pessoa, além das duas testemunhas, devia assinar por ela, bem como as correções e adições deviam ser feitas antes das assinaturas, com a anotação no fim da nota dessa circunstância, sendo certo que ainda hoje o Código Civil brasileiro prevê a chamada assinatura a rogo,⁶ bem como as normas de serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo estabelecem regras muito semelhantes a respeito das entrelinhas e emendas.⁷

Se o tabelião não conhecesse alguma das partes, era necessário, por força do item 2 do referido título, que a desconhecida trouxesse duas testemunhas conhecidas do tabelião e dignas de fé, fazendo-se a anotação dessa circunstância

5. “Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1.º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter: (...) VI – declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII – assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

(...)

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

6. § 2.º do artigo citado na nota anterior: “se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo”.

7. Capítulo XIV, “50. As emendas, as entrelinhas e as notas marginais ficam vedadas, mesmo para correção de erros, inexatidões materiais e irregularidades sanáveis. 50.1. A cláusula em tempo é admitida, se exarada antes da assinatura das partes e demais comparecentes e da subscrição da escritura pública pelo tabelião ou pelo seu substituto, e desde que não afete elementos essenciais do ato, como o preço, o objeto e a forma de pagamento”.

no final da nota, havendo disposição muito semelhante no Código Civil atual, o qual difere apenas ao prever que a parte pode se identificar por documentos, o que, por motivos óbvios, não era possível no século XVI.⁸

O item 3 prescrevia que os tabeliães deviam lançar nas escrituras o mês, dia, ano, a localidade e a casa em que a escritura fosse lavrada, bem como o nome do tabelião, o que é em grande parte repetido pelo direito atual,⁹ que apenas não exige que se declare a casa em que o ato foi praticado e o nome do tabelião.

O item 4 fixava o prazo de 3 dias para a entrega do traslado no caso de escrituras ordinárias e de 8 dias no caso de escrituras extensas, sob pena de perdas e danos e perda do direito aos emolumentos, havendo hoje no Estado de São Paulo um prazo único de 5 dias.¹⁰

O item 5 impunha aos tabeliães a obrigação de encadernar seus livros e guardá-los com diligência por toda a sua vida, ficando seus herdeiros obrigados a entregá-los ao sucessor do ofício, o qual ficava obrigado a guardá-los por 40 anos contados desde a data da escritura, sob pena de perda do ofício e indenização, não havendo hoje previsão de prazo para a guarda dos referidos livros,¹¹ os quais devem ser guardados perpetuamente.

O item 6 previa que onde houvesse casa “deputada pera os tabaliães de notas”, os referidos oficiais deviam ficar nelas pela manhã e pela tarde para que os usuários do serviço pudessem encontrá-los, o que também encontra paralelo no direito positivo atual, pois a Lei dos Notários e Registradores expressamente prevê que os serviços notariais devem ficar abertos ao públicos nos horários estabelecidos pelo juízo competente.¹²

Já o item 7 estabelecia a obrigação de o tabelião fornecer um traslado a cada parte que assim o requeresse, havendo hoje a obrigação de fornecer certidões

8. Art. 215, “§ 5.º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade”.

9. Art. 215, § 1.º, “I – data e local de sua realização; (...)”.

10. “149. Os traslados e certidões dos atos notariais serão fornecidos no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis contados da lavratura ou do pedido.”

11. “Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro: I – manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros; (...)”.

12. “Art. 4.º. Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.”

a quem quer que o requeira,¹³ bem como o item seguinte determinava que os tabeliães deviam deslocar-se até as pessoas honradas ou enfermas para fazer as escrituras de testamento ou de contratos, havendo hoje igual previsão para que um tabelião desloque-se até a pessoa incapaz de dirigir-se ao tabelionato.¹⁴

O item 9 continha uma disposição interessante, que não é de fácil compreensão: os tabeliães estavam proibidos de dar um segundo traslado à parte, salvo com autorização do próprio rei, sob pena de perda do ofício, havendo hoje, como já se viu acima, a obrigação de o tabelião fornecer uma certidão a quem quer que simplesmente o requeira, o que destoa muito do regramento do século XVI.

O item 10 estabelecia que os tabeliães deviam fazer todos os testamentos e inventários, salvo os inventários dos menores, órfãos, pródigos ou “*desasados*” – que deviam ser feitos pelos escrivães de órfãos ou, na inexistência destes últimos, pelos tabeliães do judicial –, sendo que os inventários dos ausentes e dos que morriam sem herdeiros deviam ser feitos pelo escrivão das audiências,¹⁵ sabido que a Lei 11.441/2007 reinstituuiu no Brasil o instituto do inventário por escritura pública, não havendo mais obrigatoriedade de que os inventários sejam feitos judicialmente.

Em razão da dificuldade de interpretação, transcreve-se abaixo o item 11 do referido título:¹⁶ seria essa uma ata notarial na qual o tabelião descrevia o momento em que o comprador de um imóvel entrava na sua posse? Fica-se com essa impressão ao constatar a menção que é feita logo em seguida às posses

13. 36/Capítulo XIII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo: “Os notários e registradores lavrarão certidões do que lhes for requerido e fornecerão às partes as informações solicitadas, salvo disposição legal ou normativa expressa em sentido contrário”.
14. 57/Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo: “As folhas dos livros não podem permanecer fora da serventia, de um dia para outro, ressalvadas as hipóteses de atos em diligência realizados fora do horário e dos dias estabelecidos para o atendimento ao público, mediante prévia autorização do Tabelião de Notas”.
15. Será que tabelião do judicial era o equivalente ao atual escrivão judicial e o de audiência equivalia ao atual escrevente da sala do juiz?
16. “11. Item os ditos tabaliães das notas faram todolos estormentos das posses, que forem dadas ou tomadas por poder e vertude das escripturas das vendas, e escaimbos, aformaentos, e emprazamentos, e d’outros quaesquer contractos, segundo he contheudo no Quarto Livro, no Titulo dos que tomam forçosamente a posse da cousa que outrem possui. E quanto aas posses que forem tomadas por viguor de sentenças, ou mandados de Juizes, faram os estormentos disto os tabaliães judiciaes, como adiante será declarado em seu titulo.”

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

tomadas por força de sentença ou mandado judicial, em que o tabelião judicial devia fazer o respectivo auto de imissão na posse.

O item 13 estabelecia que as escrituras dos contratos com prazo superior a 3 anos ou de valor superior a 30.000 reais que envolviam bens de órfãos deviam ser feitos pelos tabeliães de notas, ao passo que, se de prazo ou valor inferior, os respectivos instrumentos competiam aos escrivães de órfãos, havendo hoje apenas um tipo de tabelião, o qual tem competência para realizar toda e qualquer escritura.

O item 14 atribuía aos tabeliães de notas as escrituras em que presos fossem parte, ao passo que o item 15 parecia atribuir a qualquer tabelião os hoje chamados títulos, mandados ou certidões judiciais,¹⁷ sendo certo que hoje os chamados títulos judiciais são de competência dos escrivães judiciais, não tendo os tabeliães qualquer atuação nesse campo.

Nos itens 16 a 20 estabelecia-se o regimento de custas dos tabeliães de então:¹⁸ se o traslado enchesse toda uma pele de pergaminho, o tabelião levava 72 reais pelo traslado e mais 108 reais pela escritura em seus livros; e o texto continuava graduando a remuneração do tabelião pelo tamanho do texto da escritura: se a escritura fosse lavrada fora do paço, o tabelião recebia mais sete reais pela diligência; se a escritura fosse feita em papel e enchesse meia folha de papel a remuneração era menor; e o pagamento devia ser feito contra a entrega do traslado; em caso de inventário, o tabelião recebia 1 real para cada 5 regras (linhas) de texto; pela busca de alguma escritura em seus livros o tabelião recebia uma quantia que era metade do que se fixava para a busca de um processo judicial pelo respectivo tabelião.

O item 21 proibia, sob pena de perda do ofício, ao tabelião o exercício da magistratura e da advocacia, salvo em causa própria ou na defesa daqueles que morassem com eles, sendo certo que hoje não há exceções para essa proibição.¹⁹

17. “E quanto aos estormentos (...) das citações que se fazem por nossas cartas (...) ou de certidões (...) e alvaraes (...) todas estas escripturas e estormentos das cousas neste capitulo declaradas, e d’outras quaesquer de semelhante qualidade, faram e passaram quaesquer Tabaliães, ou das Notas, ou das Audiências, quaes as partes pera ello quiserem escolher, e acharem mais prestes e deligentes.”

18. Não é demais lembrar que hoje em dia os tabeliães também estão obrigados a seguir uma tabela de emolumentos: Art. 30 da Lei 8.935/1994 – “São deveres dos notários e dos oficiais de registro: (...) VIII – observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício; (...)”.

19. Art. 25 da Lei 8.935/1994: “O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão”.

Já o item 22 obrigava o tabelião a morar na localidade em que prestasse seus serviços, sob pena de perda do ofício, não havendo hoje regra estabelecendo essa obrigação.

Os itens 22 a 26 parecem tratar da hipótese em que uma parte pedia um título judicial ao tabelião (instrumento ou carta) e este se recusava a concedê-los, sendo contudo um item de difícil compreensão hoje em dia.

O item 27 trata de outra hipótese difícil de compreender hoje em dia: quando um instrumento fosse feito com base em “cédulas” fornecidas pelas partes, as quais deviam ser trasladadas, lidas e “concertadas”, o que não se consegue compreender adequadamente.

O item 28 proibia que os tabeliães colocassem em suas escrituras que as partes juravam cumprir o que estava avençado, sob as penas do Livro IV, parecendo haver aqui uma ressonância da proibição bíblica aos juramentos.

Para que se pudesse fiscalizar se os tabeliães cobravam apenas o tabelado, o item 29 estabelecia que o tabelião devia lançar na escritura as quantias que havia recebido de remuneração²⁰ ou, quando não tivessem direito à remuneração²¹ ou não quisessem cobrar,²² deviam lançar *nihil*, sob pena de perda da

20. Os tabeliães do Estado de São Paulo estão obrigados a lançar o montante de emolumentos cobrado em todas as escrituras que lavrarem: item 66/Capítulo XIII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça – “O pagamento das despesas e emolumentos, quando previstos em lei, será feito diretamente ao notário ou ao registrador, que deverá passar cota e obrigatoriamente emitir recibo, acompanhado de contrarrecibo, com especificação das parcelas relativas à receita dos notários e registradores, à receita do Estado, à contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas, à parte destinada ao custeio dos atos gratuitos praticados pelos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais, à parte destinada ao Fundo de Despesas Especiais do Tribunal de Justiça, à Contribuição de Solidariedade, e quaisquer outras despesas autorizadas”.
21. Implicitamente se está a dizer que naquela época já havia atos notariais gratuitos, o que também é previsto hoje em dia: item 76/Capítulo XIII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça – “São gratuitos os atos previstos em lei e os praticados em cumprimento de mandados judiciais expedidos em favor da parte beneficiária da justiça gratuita, sempre que assim for expressamente determinado pelo juízo”.
22. Aí há uma diferença profunda com o que vigora hoje em dia, pois se entende que o tabelião que concede descontos em seus emolumentos pratica concorrência desleal: *Emolumentos* – cobrança a maior – Negócios simulados. Notário – Concorrência desleal. Ética profissional. CGJSP Processo: 32.971/2013, data julgamento: 12.04.2013, rel. José Renato Nalini. Representação – Cobrança a maior de emolumentos – Recurso intempestivo – Ofensa e ameaças atribuídas ao tabelião de notas – Fatos não provados – Recurso desprovido – Alegações do tabelião que evidenciam o cometi-

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

remuneração da escritura, acrescida na reincidência da suspensão do ofício por seis meses e na terceira ocorrência de perda do ofício;²³ se o tabelião cobrasse mais do que o devido, então ficava sujeito às penas do Livro V.²⁴

O item 30 previa que, nas localidades onde houvesse dois ou mais tabeliões, as escrituras deviam ser distribuídas pelo distribuidor judicial,²⁵ sendo proibido a um tabelião lavrar uma escritura que não lhe tivesse sido distribuída, sob pena de suspensão por seis meses e na reincidência de privação do ofício e multa, atribuindo o mesmo item ao distribuidor os emolumentos de três reais,

mento de infrações administrativas – Prática de negócios simulados e não cobrança de emolumentos – Comportamento, em tese, em descompasso com as finalidades da atividade notarial, com deveres funcionais e a evidenciar competição desleal – Instauração de processo censório-disciplinar – Determinação dirigida ao MM Juiz Corregedor Permanente.

23. Hoje em dia a falta de lançamento da cota de emolumentos na escritura configura o descumprimento a uma obrigação estabelecida no Estado de São Paulo pela Corregedoria Geral de Justiça, que pode vir a ser considerada uma falta disciplinar, sujeita às penas do art. 31 da Lei 8.935/1994.

24. Hoje no Estado de São Paulo a cobrança a maior de emolumentos feita pelo tabelião está sujeita à pena do art. 32 da Lei 11.331/2002:

“Art. 32. Sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, os notários, os registradores e seus prepostos estão sujeitos à pena de multa de, no mínimo, 100 (cem) e, no máximo, 500 (quinhentas) Ufesp, ou outro índice que a substituir, nas hipóteses de:

I – recebimento de valores não previstos ou maiores que os previstos nas tabelas, nos casos em que não caiba a aplicação do inc. I do art. 34 desta lei;

II – descumprimento das demais disposições desta lei.

(...)

§ 3.º Na hipótese de recebimento de importâncias indevidas ou excessivas, além da pena de multa, o infrator fica obrigado a restituir ao interessado o décuplo da quantia irregularmente cobrada.”

25. Hoje no Estado de São Paulo a cobrança a maior de emolumentos feita pelo tabelião está sujeita à pena do art. 32 da Lei 11.331/2002:

“Art. 32. Sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, os notários, os registradores e seus prepostos estão sujeitos à pena de multa de, no mínimo, 100 (cem) e, no máximo, 500 (quinhentas) Ufesp, ou outro índice que a substituir, nas hipóteses de:

I – recebimento de valores não previstos ou maiores que os previstos nas tabelas, nos casos em que não caiba a aplicação do inc. I do art. 34 desta lei; II – descumprimento das demais disposições desta lei.

(...)

§ 3.º Na hipótese de recebimento de importâncias indevidas ou excessivas, além da pena de multa, o infrator fica obrigado a restituir ao interessado o décuplo da quantia irregularmente cobrada.”

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 78, ano 38, p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

bem como o incumbindo de ter um livro de distribuição, que devia ser guardado em bom estado por 30 anos.

Já o item 31 previa a hipótese de a escritura pública ser lavrada fora do paço pelo fato de nenhuma das partes poder se deslocar até aí: nesse caso o distribuidor apenas anotava o nome da pessoa que solicitava a presença do tabelião, ficando este obrigado há no máximo até o dia seguinte informar os dados da escritura ao distribuidor, para que este fizesse as suas anotações, sob pena de perda de ofício, em caso de falta de declaração, ou de não mais receber nenhuma distribuição, em caso de demora na informação, não havendo hoje em dia regra de teor semelhante.

O item 32 previa que, em caso de desistência das partes de uma escritura já distribuída, haveria compensação na distribuição após a comunicação do tabelião, que, se fosse mentirosa, acarretaria a punição do tabelião como falsário, também não havendo hoje regra semelhante no Estado de São Paulo, em razão de não haver distribuição de escritura, mas que é muito razoável e certamente seria reinstituída se fosse instituído o referido distribuidor.

O item 33 traz uma regra interessante e de difícil compreensão: o tabelião nunca podia trazer uma coroa aberta, grande ou pequena, sob pena de perda do ofício.

O item 34 vedava ao tabelião que se fizesse substituir em seus ofícios, parecendo até proibir que os tabeliões tivessem empregados, sem autorização expressa do rei, sob pena de perda do ofício, o que também era cominado para o caso de descumprimento de algum preceito desse regimento, salvo na hipótese de haver uma outra pena prevista.²⁶

O item 35 mandava que os tabeliões prestassem fiança antes de começar a servir para garantir os danos que causassem, sob pena de perda do ofício.²⁷

O item 36 estabelecia que nas aldeias pequenas e distantes de qualquer cidade ou vila os oficiais da câmara deviam indicar uma pessoa para fazer os

26. A lei dos notários e registradores expressamente prevê a possibilidade de os notários contratarem auxiliares:

“Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.”

27. Não há hoje a obrigatoriedade dessa fiança, mas a lei dos notários e registradores prevê igualmente a obrigação de indenizar:

“Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.”

testamentos dos moradores da aldeia, o que não encontra paralelo no direito atual, não havendo previsão de que particulares exerçam funções notariais na ausência de um tabelião.

3.2 No Título LXIII do Livro I das citadas ordenações estabelecia-se um autêntico regimento de custas que chamaríamos hoje judiciais e extrajudiciais.

No *caput* do referido título estabelecia-se a regra geral de que o tabelião levava um real para cada 5 regras e o escrivão a mesma quantia para 5,5 regras,²⁸ justificando-se a diferença em razão da pensão que o tabelião pagava anualmente ao rei.²⁹

Para evitar o artifício de o tabelião escrever com letra grande para ganhar mais, previa-se que cada regra devia ter aproximadamente 30 letras.

Em seguida há inúmeros itens no referido título minudenciando os emolumentos que os escrivães podiam cobrar ao praticar atos judiciais, não tendo dispositivos muito interessantes, salvo o item 21 que prescrevia que os escrivães deviam guardar os feitos cíveis por 30 anos e os criminais por 20.

28. Diz o Houaiss que regra é “cada uma das linhas que compõem o papel pautado”.

29. Ou seja, considerando que esse tabelião é o tabelião de hoje e esse escrivão é o atual escrivão judicial, o tabelião português do século XVI estava obrigado a repassar parte de sua renda ao rei, o que é parecido com a obrigação que os tabeliães paulistas de hoje têm de repassar parte de sua arrecadação ao poder público: Lei 11.331/2002.

“Art. 19. Os emolumentos correspondem aos custos dos serviços notariais e de registro na seguinte conformidade:

I – relativamente aos atos de notas, de registro de imóveis, de registro de títulos e documentos e registro civil das pessoas jurídicas e de protesto de títulos e outros documentos de dívidas:

a) 62,5% (sessenta e dois inteiros e meio por cento) são receitas dos notários e registradores;

b) 17,763160% (dezessete inteiros, setecentos e sessenta e três mil, cento e sessenta centésimos de milésimos percentuais) são receita do Estado, em decorrência do processamento da arrecadação e respectiva fiscalização;

c) 13,157894% (treze inteiros, cento e cinquenta e sete mil, oitocentos e noventa e quatro centésimos de milésimos percentuais) são contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado;

d) 3,289473% (três inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados à compensação dos atos gratuitos do registro civil das pessoas naturais e à complementação da receita mínima das serventias deficitárias;

e) 3,289473% (três inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, em decorrência da fiscalização dos serviços; (...).”

No item 29 estabelecia-se a pena de prisão e suspensão do ofício ao tabelião que fizesse uma escritura judicial e ao escrivão que fizesse uma escritura extrajudicial, sendo o ato nulo e estando o respectivo infrator sujeito a indenizar as perdas e danos correspondentes.³⁰

No item 30 era estabelecido que, ao receber as cartas dos seus ofícios, os tabeliães e escrivães deviam receber o regimento de sua atividade, o qual devia sempre permanecer com eles para ser mostrado a quem o solicitasse, sob pena de perda do ofício e multa, sendo estabelecido aos tabeliães paulistas de hoje a obrigação de ter sempre consigo as normas de serviço baixadas pela Corregedoria Geral de Justiça.³¹

No item 31 era previsto que a pessoa que servisse como tabelião sem ter carta do rei autorizadora devia ser degredado para a Ilha de São Tomé³² por dez anos e os juízes que os deixassem servir sem a carta ou sem o regimento ficavam sujeitos a multa.

3.3 O Título LXIV tratava dos tabeliães gerais, que, ao que tudo indica, eram notários com autorização para lavrar escrituras em um território que abrangia várias circunscrições menores, estando contudo obrigados a não permanecer mais de dois meses em uma mesma circunscrição.

Os referidos tabeliães eram obrigados a pagar uma pensão de dois mil reais por ano ao rei, parecendo tratar-se de uma grande quantia, e dar fiador do pagamento dessa quantia antes do início do exercício de sua atividade, sob pena de prisão.

3.4 O Título LXXIV proibia os tabeliães e escrivães de vender seus ofícios, sob pena de perda do ofício e do preço de venda, bem como proibia o trespasse do ofício sem autorização expressa do rei, não havendo hoje igualmente a possibilidade de um tabelião vender sua delegação a terceiros.

O item 4 do referido título estabelecia a curiosa obrigação de o oficial solteiro casar-se no prazo de um ano a contar da outorga do ofício sob pena de perda do ofício; o oficial que enviuvasse estava obrigado a casar-se novamente no mesmo prazo, sob a mesma pena, salvo se tivesse mais de quarenta anos.

30. Hoje em dia um tabelião que praticar um ato para o qual não tem competência certamente estará sujeito a alguma pena disciplinar.

31. Capítulo XIII/item 64. “Os notários e registradores manterão as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça e as do Pessoal dos Serviços Extrajudiciais atualizadas em arquivo digitalizado, sendo facultativa a impressão”.

32. Hoje em dia o exercício ilegal da função de notário configura o crime de usurpação de função pública, previsto pelo art. 328 do CP.

3.5 O Título LXXVI do mesmo livro estabelecia que o rei podia destituir *ad nutum* qualquer oficial da justiça ou da fazenda – não sendo claro se os tabeliães estavam inseridos nessa categoria – sempre que o rei perdesse a confiança neles, não estando o monarca obrigado a nenhuma indenização.³³

4. LIVRO II

4.1 O Título VIII do Livro II das Ordenações Manuelinas proibia que a igreja e as ordens religiosas adquirissem imóveis, inclusive por testamento, sem autorização do rei, sob pena de perda desses bens para o patrimônio real, o que não deixa de ser um pouco surpreendente, parecendo uma intromissão indevida do rei na vida eclesiástica.

4.2 O Título X do Livro II estabelecia que os tabeliães eclesiásticos deviam cobrar por suas escrituras aquilo que era devido aos escrivães da corte, determinando o rei que, em caso de descumprimento, os superiores eclesiásticos deviam punir o referido escrivão, se fosse clérigo ou religioso, e as autoridades civis deviam puni-lo se fosse leigo. Em seguida era proibido a esses escrivães lavrar escrituras em que algum dos contratantes fosse leigo, sendo considerada tal escritura nula para todos os efeitos e se punindo com multa o referido escrivão, se fosse leigo, e o participante da escritura, sendo interessante mencionar que metade da multa era destinada à libertação dos cativos e metade para o patrimônio do rei.

33. Hoje a Lei dos Notários e Registradores estabelece que um tabelião apenas perde a sua delegação em caso de falta grave e por decisão judicial ou administrativa proferida pela corregedoria permanente competente:

“Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas:

I – repreensão;

II – multa;

III – suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta;

IV – perda da delegação.

Art. 33. As penas serão aplicadas:

I – a de repreensão, no caso de falta leve;

II – a de multa, em caso de reincidência ou de infração que não configure falta mais grave;

III – a de suspensão, em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave.

Art. 34. As penas serão impostas pelo juízo competente, independentemente da ordem de gradação, conforme a gravidade do fato.

Art. 35. A perda da delegação dependerá:

I – de sentença judicial transitada em julgado; ou

II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.”

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 78, ano 38, p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

4.3 O Título XV do referido livro era intitulado “Dos direitos reaes que a El Rey pertence aver em seus Reynos”, convindo já deixar claro que aqui direitos reais significavam os direitos do rei e não, como hoje em dia, a sujeição de uma coisa à vontade de uma pessoa.

E dentre os diversos direitos do rei de Portugal enumerados no referido Título XV sobressai-se o poder de “fazer (...) tabaliaens e quaesquer outros officiaes deputados para ministrar justiça”.

4.4 O Título XXVI do referido livro tratava das jurisdições dadas pelo rei a determinadas pessoas: ou seja, ao longo da história de Portugal, reis doaram terras a duques, marqueses, condes, prelados etc., concedendo conjuntamente o poder de julgar causas cíveis e/ou criminais.

E ao que tudo indica Dom Manoel estava procurando centralizar o poder, cerceando essas jurisdições doadas.

Contudo, ao mesmo tempo, fica muito claro que Dom Manoel não ousava desrespeitar aquilo que havia sido avençado nos respectivos títulos de doação por seus antecessores.

Então, nesse longo título, é dito que, se na escritura de doação da jurisdição não tivesse constado a transmissão do poder de fazer tabeliães, o donatário e seus sucessores não podiam mais nomear tabeliães; contudo, se constasse cláusula autorizadora, o donatário e seus sucessores podiam normalmente fazer tais nomeações.

Hoje em dia nada impediria uma mudança constitucional para reaver um poder qualquer que tivesse sido delegado no passado; mas no século XVI não era assim: se algum rei precedente tivesse doado uma jurisdição com o poder de nomear tabeliães, Dom Manuel não se achava com poder de desrespeitar essa cláusula da doação, o que é um aspecto interessantíssimo.

4.5 O Título XXVII trata da jurisdição criminal dos capitães “Dos lugares da’Africa”, sendo provavelmente essa a competência criminal dos capitães hereditários do Brasil, que, apenas nos casos de pena de morte ou de amputação de membro, estava sujeita a apelação ao rei.

4.6 No Título XLVIII era estabelecido que todo oficial obrigado a ter livros, inclusive os tabeliães, devia encaderná-los e os apresentar a seu superior para que as folhas fossem numeradas e assinadas, sob pena de perda do ofício e de toda a sua fazenda, ficando a dúvida se isso significava a perda de todo o seu patrimônio.³⁴

34. Hoje em dia não existe mais, pelo menos no Estado de São Paulo, a obrigação de o corregedor do tabelionato visar as folhas do livro de escrituras, havendo apenas a obrigação genérica de o tabelião conservar bem seus livros:

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Curiosamente nesse título previa-se a hipótese de o juiz não saber ler nem escrever, ocasião em que o livro devia ser levado para outra autoridade.

5. LIVRO III

5.1 No Título XVI do Livro III estabelecia-se um rito mais célere para a cobrança judicial das obrigações comprovadas por escrituras públicas, o qual lembra muito o atual rito das ações monitórias:³⁵ o réu era citado para pagar ou apresentar sua defesa no prazo de 10 dias; se o réu não pagasse ou se defendesse, o juiz devia condená-lo imediatamente; se o réu apresentasse defesa, o juiz devia permitir a ele que provasse suas alegações, mas concomitantemente se fazia uma execução provisória da dívida, só podendo o autor levantar o dinheiro se apresentasse fiança bastante; e, se a defesa do réu fosse acolhida, o juiz devia condenar o autor a pagar ao réu a quantia demandada ilegitimamente, ao passo que, se a defesa fosse rejeitada, o réu devia ser condenado a pagar em dobro a quantia demandada.

5.2 No Título XLV do Livro III estabelecia-se que todo contrato de bens imóveis de valor superior a 600 reais e todo contrato de bens móveis de valor

“Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

I – manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros; (...).”

35. “Art. 1.102.a – A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1.102.b – Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1.102.c – No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.”

“Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

§ 1.º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2.º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3.º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.”

LEMMI, Luiz Rodrigo. Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 78, ano 38, p. 151-170. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

superior a 30.000 reais brancos (pelo jeito, um real branco valia menos que um real) só podia ser provado por escritura pública.

E não era só o contrato: o respectivo pagamento e o distrato também precisavam ser provados por escritura pública.

E nesses casos as ordenações proibiam que se considerasse provado um contrato ou seu pagamento apenas por testemunhas, bem como proibiam os juízes de conhecer o litígio sem a apresentação da escritura pública.

E, mesmo nos casos de valor inferior, se o contrato fosse celebrado por escritura pública, ainda que facultativa, o pagamento ou a quitação precisavam também ser provados por escritura pública.

Nesses casos em que o autor não tivesse a escritura pública, ele podia pedir a citação do réu para vir a juízo jurar sobre o Evangelho a respeito do litígio: se o réu comparecesse e jurasse sua inocência, o juiz devia condenar o autor nas custas; se recusasse o juramento, o réu devia ser condenado.

Nos casos em que o pagamento apenas admitia prova por escritura pública, se o réu tivesse um alvará privado, que provavelmente era um recibo assinado pelo credor sem a participação de um tabelião, o juiz devia convidar o réu a jurar sobre os Evangelhos: feito o juramento, o réu devia ser absolvido; negado o juramento, ele devia ser condenado.

Os alvarás assinados por bispos, abades, fidalgos, cavaleiros, mestres em teologia ou doutores em leis tinham o mesmo valor probatório que uma escritura pública, em razão da dignidade das referidas pessoas.

Todo o título das referidas ordenações comentado neste item parece estar na origem dos arts. 401³⁶ do CPC atual, bem como dos arts. 108,³⁷ 215³⁸ e 227³⁹ do CC.

36. “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

37. “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

38. “Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.”

39. “Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.”

5.3 No Título XLVI do mesmo livro tratava-se da fé que as escrituras públicas mereciam em juízo.

Primeiramente o referido título tratava das escrituras públicas que faziam referência a outras escrituras públicas, estabelecendo que aquilo que era dito estar contido nas escrituras públicas referidas não produziam prova alguma, salvo se as escrituras mencionadas tivessem sido apresentadas ou se todas as escrituras tivessem sido feitas pelo mesmo tabelião, sendo tudo isso de difícil compreensão para o intérprete de hoje.

Depois se estabelecia que nas escrituras públicas referidas em alvarás ou cartas assinadas pelo rei “nom se fará obra por tal alvará ou carta em perjuizo d’outrem (quando he por respecto da dita escriptura ou assinado)” sem que se mostrasse o dito assinado ou escritura, o que também não é de fácil compreensão.

Mas não tinha fé a escritura pública apresentada em juízo que fosse suspeita por ter alguma rasura ou entrelinha ou cancelamento em lugar suspeito, bem como por ter sido lavrada por tabelião suspeito (em razão de já ter sido encontrado em alguma falsidade) ou por ter sido apresentada por pessoa suspeita, salvo se fosse corroborada pelas testemunhas nela indicadas ou, se estas já tivessem falecido ou fossem ausentas, por outras quaisquer testemunhas ou escrituras dignas de fé, ficando sujeita às penas de falsário a parte que apresentasse a escritura sem a posterior comprovação.⁴⁰

Se algum instrumento (públicos e privados ou só públicos?) fosse apresentado em juízo e posteriormente a parte dissesse que não mais queria usá-lo, então o referido documento devia ser considerado falso, ficando a parte sujeita à pena prevista no Livro V, como se verá mais abaixo, o que não encontra correspondência no direito de hoje.

Se acusasse um instrumento ou escritura pública de falsidade (obs.: ao distinguir o instrumento da escritura parece que as ordenações estavam dizendo que os primeiros eram os documentos privados), a parte devia assinar um termo aceitando submeter-se às penas que a parte contrária estava sujeita se a falsidade fosse provada; assinado esse termo, a parte devia declarar qual era a falsidade e como iria prová-la; aí o juiz mandava chamar o tabelião que lavrou a escritura e as testemunhas nela indicadas, devendo imediatamente prender “aquele contra quem a presumpçam achar, e nom seja solto atee o feito seer

40. Quer crer o autor que hoje, em razão do art. 215 do CC citado acima, a escritura pública faz sempre prova plena daquilo que o tabelião afirma ter presenciado, ficando ressalvado à parte o direito de provar que a afirmação notarial é falsa, não sendo automática a conclusão de que a escritura é falsa no caso de o respectivo tabelião ter sido considerado falsário em outro caso.

por direito determinado”, parecendo que as ordenações mandavam prender imediatamente aquele que o juiz julgasse suspeito de falsidade até o julgamento final do processo, o que hoje não se admite mais, pois, salvo as hipóteses de prisão em flagrante, preventiva ou temporária, a prisão no Brasil depende do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁴¹

Se a parte alegasse ter perdido a escritura pública, o Chanceler-Mor do rei passava uma carta autorizando a entrega de um novo traslado à parte, “o qual se lhe dará com salva (ressalva?) e presente a parte”, não se entendendo o motivo da obrigatoriedade da presença da parte e já se tendo comentado no item 3.1 supra as restrições que as Ordenações Manoelinas estabeleciam para a concessão de um segundo traslado; se perdida a escritura e perdida também a nota, ou seja, o livro do tabelião, a parte podia provar o teor da escritura com testemunhas.

A escritura pública fosse contraditória ou as escrituras contraditórias entre si não mereciam fé, salvo “podendo a dita contrariedade seer ajudada por alguma distinçam razoada”, ou seja, se houvesse alguma prova que sanasse a contradição.

6. LIVRO IV

6.1 O Título I do Livro IV continha uma extensa regulamentação da conversão das diversas moedas que existiram no Reino de Portugal, estabelecendo-se que após as ordenações em análise todo e qualquer contrato devia ser feito na moeda corrente ou em ouro ou em prata, sob pena de o respectivo tabelião perder o ofício.

6.2 No Título III desse livro proibia-se os juramentos nos contratos, o que era provavelmente inspirado pela proibição bíblica, cominando-se a pena de nulidade do contrato e a perda de tudo o que a parte tivesse dado para cumprir a avença, ficando o tabelião sujeito a pagar essa mesma quantia, bem como a perder o ofício.

6.3 No Título VI seguinte impunha-se a outorga uxória como requisito de validade de qualquer alienação de bem de raiz do marido, assim como no Título XIII previa-se que a fiança dada sem a anuência da esposa atingia apenas os bens do marido, o que são nítidas medidas protetivas da mulher e impeditivas

41. CPP, art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

da dilapidação do patrimônio familiar pelo marido, constando regras semelhantes até hoje no direito positivo nacional.⁴²

6.4 Outra medida protetiva da mulher encontrava-se no Título VIII, que fulminava de nulidade a doação do marido a sua amante (barregã), passando a coisa doada a pertencer exclusivamente à esposa e perdendo o marido infiel o direito que tivesse sobre essa coisa, sendo provavelmente o antecedente histórico do art. 1.642, V, do atual Código Civil.⁴³

6.5 O Título XXXVI do livro em análise previa que, nos contratos que dependessem da escritura pública para valer ou em que as partes combinassem que só valeriam se feitos por escritura pública, a parte podia se arrepender a qualquer momento antes da assinatura do instrumento público, sendo esse o antecedente histórico do art. 1.088 do CC/1916.⁴⁴

6.6 No Título LI repetia-se a lei de Dom João I do século XV que mandou que os tabeliães, sob pena de perda de seus ofícios, indicassem a data conforme a era de Jesus Cristo e não mais conforme a era de César, havendo hoje apenas a obrigação de declarar na escritura a data de sua lavratura.⁴⁵

6.7 O Título LXVII tratava das sesmarias, que viriam a ter muita importância na história do direito imobiliário brasileiro, que nada mais era do que uma espécie de reforma agrária: aquele que quisesse cultivar uma terra ociosa devia citar seu proprietário para que explicasse os motivos de a terra não ser aproveitada; se os motivos alegados fossem considerados justos, a questão era encerrada; se não, fixava-se prazo para o proprietário aproveitar a terra, findo o qual, se permanecesse sem aproveitamento, a terra era dada em sesmaria ao interessado em lavrá-la.

42. Art. 1.647 do CC. “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; (...)”.

43. “Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: (...) V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; (...)”

44. “Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097.”

45. Art. 215 do CC. “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 1.º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter: I – data e local de sua realização; (...)”.

6.8 E, encerrando o Livro IV, o Título XCII estabelecia que a validade da venda para descendente dependia do consentimento dos demais descendentes, havendo hoje no Código Civil disposição de conteúdo idêntico.⁴⁶

7. LIVRO V

7.1 O Título VII do Livro V previa a pena de morte a todo aquele que falsificasse o sinal ou o selo do rei, assim como para aquele que fizesse mudanças ou acréscimos a qualquer carta ou alvará do rei.

O item 1 desse título previa a pena de degredo perpétuo para a Ilha de São Tomé ao escrivão que maliciosamente deixasse de colocar toda a substância das escrituras a serem assinadas pelo rei em suas subscrições, parecendo que aqui “subscrições” seriam uma espécie de ementa ou resumo do ato necessária para que o rei não tivesse que fazer a leitura integral de todos os documentos submetidos a sua assinatura.

O item 2 previa a pena de degredo perpétuo para a Ilha de São Tomé para aquele que falsificasse o sinal ou o selo de qualquer autoridade do reino, inclusive dos tabeliães, bem como alterasse ou acrescentasse qualquer documento público.

O item 4 estabelecia a pena de morte ao tabelião que fizesse escritura falsa.

O item 5 previa a pena de morte para aquele que ordenasse que algum tabelião fizesse uma escritura falsa acima de um dado valor, bem como a pena de degredo perpétuo para a Ilha de São Tomé nos casos de escritura abaixo desse valor, incorrendo nas mesmas penas as testemunhas que soubessem da falsidade.

7.2. O Título IX do referido livro previa que aquele que conscientemente apresentasse escritura falsa em processo judicial devia ser degredado para Ceuta,⁴⁷ não lhe servindo nada a posterior renúncia à escritura.

7.3 Por fim, o Título LIX estabelecia que o tabelião que cobrasse mais do que o previsto no respectivo regimento devia perder o ofício e cumprir pena de degredo por tempo que variava conforme o montante cobrado a mais, já tendo sido comentado no item 3.1 acima a obrigatoriedade que ainda hoje existe no Brasil de os tabeliães cobrarem apenas o previsto nas tabelas fixadas pela autoridade competente.

46. “Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. (...)”

47. É curioso que o lugar do degredo variava conforme o crime cometido.

8. CONCLUSÃO

Em conclusão, cabe dizer que estudar a história do direito permite enxergar o fenômeno jurídico nas suas duas vertentes: a cultural e a natural.

Quando se examina um diploma jurídico de outros tempos percebe-se que significativa parte do direito é imutável, independente do direito positivo, estando ao alcance de qualquer homem que aplique sua inteligência à procura do justo que se encontra gravado na realidade.

Contudo, percebe-se também que esse direito que se encontra gravado na natureza não esgota totalmente o fenômeno jurídico, carecendo no mais das vezes da determinação que o direito positivo confere.

E examinar as ordenações manuelinas, mesmo que de maneira superficial como se fez acima, permite vislumbrar esse duplice aspecto.

9. BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], vol. 95, p. 19-32, jan. 2000. ISSN 2318-8235. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67454/70064]. Acesso em: 26.04.2014.
- LEITE, Rosimeire Ventura. Organização judiciária nas ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], vol. 101, p. 1021-1044, jan. 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67732/70340]. Acesso em: 26.04.2014.
- POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], vol. 89, p. 11-67, jan. 1994. ISSN 2318-8235. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846]. Acesso em: 26.04.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Escritura pública sem assinatura do tabelião: ato inexistente?, de Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery – *RDPriv* 1/137, e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/1069 (DTR\2000\72); e
- Os atos notariais da Lei 11.441/2007 e a livre escolha do tabelião, de Vicente de Abreu Amadei – *RDPriv* 31/294, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 4/1213, e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/673 (DTR\2007\445).

O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO DIREITO BRASILEIRO

THE SURFACE RIGHT UNDER THE BRAZILIAN LAW

CELSO LUIZ SIMÕES FILHO

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.
Doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Advogado.
clsimoesf@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O Brasil sofre com a má distribuição da propriedade imobiliária. Sofre também com sua exploração ineficiente. Os movimentos sociais que têm recentemente ocupado os noticiários atraem uma perspectiva caricata para a questão, mas servem para comprovar a existência e a atualidade do problema. Na ausência de uma solução macro, coube à legislação civil a função de criar alternativas para fomentar o desenvolvimento econômico e o social, através da utilização mais racional e rentável do solo. O presente estudo pretende delinear o espectro e apresentar as características básicas do direito de superfície, que possibilita, ao menos em teoria, a associação direta entre o proprietário e o construtor, eliminando intermediários e entraves.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos reais – Propriedade – Superfície – Acessões – Plantações.

ABSTRACT: Brazil suffers from a bad distribution of real estate properties. Also suffers from its inefficient exploitation. Social movements that have recently occupied the news attract a grotesque perspective to the issue, but serve to prove the existence and the actuality of the problem. In the absence of a macro solution, the civil law took the role of creating alternatives to foster economic and social development through more rational and cost-effective land use. This paper aims to delineate the spectrum and to present the basic characteristics of the surface rights, that allows, at least in theory, the direct association between the owner and the builder, eliminating intermediaries and barriers.

KEYWORDS: In rem rights – Property – Surface right – Accessions – Plantations.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Breve notícia histórica – 3. A inclusão da superfície no direito brasileiro – 4. O direito de superfície e as normas vigentes – 5. Tutela da superfície no ordenamento brasileiro: 5.1 Conceito e natureza jurídica do direito de superfície; 5.2 Objeto do direito de superfície: 5.2.1 Restrição à construção em subsolo, segundo o Código Civil; 5.2.2 A abrangência do objeto da superfície, no Estatuto da Cidade; 5.2.3. Das obras e das plantações; 5.2.4 Direito de sobrelevação – 5.3. Constituição do direito de superfície; 5.4. Direitos e deveres do superficiário; 5.5. Direitos e deveres do fundeiro; 5.6. Transmissão do direito de superfície: 5.6.1. Direito de preferência – 5.7 Cessão de terrenos públicos; 5.8 Extinção do direito de superfície – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Brasil sofre com a má distribuição da propriedade imobiliária. Sofre também com sua exploração ineficiente e, bem assim, insatisfatória.

Os movimentos sociais que têm recentemente ocupado os noticiários, em função de seus métodos ilegítimos e questionáveis objetivos, atraem uma perspectiva caricata para a questão, mas servem, de outro lado, para comprovar a existência e a atualidade do problema.

Na ausência de uma solução macro, coube à legislação civil a função de criar alternativas para garantir – ao menos para fomentar – o desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, o social, através da utilização mais racional e rentável do solo.

Caio Mário da Silva Pereira, a propósito, aponta que “o direito de superfície é um desses institutos que os sistemas jurídicos modernos retiraram das cinzas do passado, quando não encontraram fórmulas novas para disciplinar relações jurídicas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais”.¹

De fato, o direito de superfície se apresenta como instituto inserido pela lei civil em nosso ordenamento com o objetivo de operacionalizar o desiderato da Constituição Federal, que não mais considera a propriedade como direito subjetivo absoluto, mas como instrumento de consecução do bem-estar social.²

Nesse sentido, o desmembramento temporário da propriedade assume relevante papel, na medida em que amplia as perspectivas de adequada exploração ao aproximar da propriedade imobiliária o capital, com a segurança proporcionada pela tutela inerente aos direitos reais.

Daí porque o direito de superfície foi chamado de “propulsor do fomento da construção” por Augusto Penha Gonçalves,³ que o identificou, tal como fez Renan Lotufo em palestra outrora proferida para alunos da Pontifícia Universidade Católica, como legítimo impedimento à desmedida especulação imobiliária, que gera apenas riqueza concentrada e impede o real desenvolvimento econômico.

1. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4, p. 243.

2. Vide, sobre a *função social da propriedade*, os comentários de Celso Ribeiro Bastos ao art. 5.º, XXIII, da CF. Com efeito, a gestão individual da propriedade imobiliária não se afigura incompatível com o solidarismo preconizado pela Carta (CF, art. 3.º). Nas palavras do autor, aliás, “há uma perfeita sincronia entre a fruição individual do bem e o atingimento de sua função social” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2, p. 125).

3. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 391.

Renan Lotufo destacou que, historicamente, a propriedade imobiliária no Brasil jamais andou junto com o capital, de forma que os empreendimentos imobiliários foram – e ainda hoje são – regulamente prejudicados pela pernicioso especulação.

Eis que o direito de superfície possibilita, ao menos em teoria, a associação direta entre o proprietário e o construtor, eliminando intermediários e, com eles, inúmeros entraves.⁴

Além disso, o direito de superfície possibilita, também, uma atuação social aguda, porém economicamente sustentada, desde que seja utilizado em programas de cessão onerosa de áreas públicas para a construção, e.g., de moradias populares.⁵

Sob a ótica do direito agrário, tem-se que a superfície permite, por exemplo, que o superficiário plante em terreno alheio, toda vez que não dispuser de capital para adquirir terras, mas tenha, contudo, o *know-how* para fazê-lo. De outro lado, permite a exploração de um imóvel antes improdutivo, em função da eventual ausência de interesse ou de condições técnicas e/ou econômicas do proprietário rural.

Eis aí algumas das aplicações práticas do direito de superfície, que substitui com vantagem o regime de enfiteuse,⁶ na medida em que se apresenta mais amplo⁷ e ágil do que aquele.

4. Por conta disso, Toshio Mukai afirma que o direito de superfície é “uma figura que há muito deveria ter adentrado o sistema jurídico positivo de nosso país” (*O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15. Vide, também, sobre a questão da especulação imobiliária, p. 17).

5. Vide, a título de ilustração, o *Programa de Direito de Superfície* do Instituto de Habitação da Madeira (Portugal), que consiste fundamentalmente na aquisição e loteamento de terrenos pelo ente público e na elaboração de projetos para sua cessão, através de concurso, a famílias que, além da carência social, enquadrem-se dentro de um escalão de rendimentos que permita assegurar o financiamento da construção da sua habitação própria (disponível em: [www.ihm.pt/divulga/familias_d_superf.htm]). A adoção de programa similar no País é sugerida por Ricardo Teixeira Lira, em *Elementos de direito urbanístico*, p. 362.

6. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 390. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 412. Arruda Alvim, de igual forma, destaca que o direito de superfície substituirá a enfiteuse em importância, uma vez que esta, praticamente, caiu em desuso (*O livro do direito das coisas*, texto ainda não publicado, graciosamente cedido pelo autor).

7. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 391.

É certo, porém, que nem todos os juristas comemoram o ressuscitamento do direito de superfície.

Rui Geraldo Camargo Viana evidencia certa descrença ao tratar da superfície em sua obra “O parcelamento do solo urbano”, em função da índole do brasileiro, que seria contrária a esses melhoramentos ou acessões em terreno alheio.⁸ O direito de superfície, bem por isso, acabaria por se mostrar de todo ineficaz, como se nos afigura atualmente a – extinta – enfiteuse.

Não há, porém, como julgar devidamente essa e outras críticas que são levantadas contra o direito de superfície sem antes analisar as suas características, o seu processo de constituição e os seus efeitos com relação tanto ao superficiário quanto ao fundeiro,⁹ o que se fará neste texto, ressalvadas as limitações do autor.

Antes disso, cumpre deduzir breve esboço histórico, que servirá de auxílio para as etapas posteriores, notadamente no que se refere à tutela dada ao tema pelas legislações européias contemporâneas – a portuguesa, em especial –, que se distanciaram, assim como a lei brasileira, da estrita origem romana do instituto.

2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

Como ensina José Cretella Júnior, “o direito de propriedade, que confere a seu titular um poder absoluto e pleno sobre a coisa, tutelado pela *vindicatio* (afirmação de uma força – *vis* – e de um direito – *jus*), sofreu inúmeras transformações no longo período em que vigorou o direito romano, a partir da antiga concepção, poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada por um novo e altruísta sentido social”.¹⁰

Com o passar do tempo, portanto, a propriedade romana, de início absoluta e fruto de uma orientação materialista, humanizou-se sob a influência cristã,¹¹ de sorte que o traço individualista dos primeiros tempos foi sofrendo inúmeras atenuações, cedendo lugar à penetração do elemento social.¹²

8. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 8.

9. Ou *fundeiro*, ou *concedente*, ou mesmo *dono do solo (dominus soli)*.

10. CRETELLA, José Júnior. *Direito romano moderno*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

11. *Idem*, p. 111.

12. *Idem*, p. 113.

Nessa esteira, o caráter exclusivo da propriedade romana passou gradativamente a ser encarado em cotejo com os interesses da coletividade, notadamente os econômicos; relativizando-se, a partir daí – dentre outras concepções do período clássico –, o sentido do princípio *superficies solo cedit*.¹³

Essa nova orientação, em muito difundida pela atuação dos pretores durante o Império de Justiniano, permitiu a criação de um *jus in re aliena* incidente especificamente sobre as acessões artificiais, que, em determinados casos, passaram a ser consideradas e protegidas separadamente em relação ao solo.

Com efeito, passou-se a conceder ao superficiário uma *actio in rem*, análoga à reivindicatória. Outrossim, podia ele se valer, para a defesa de seus direitos, de todos os meios defensivos oferecidos ao efetivo proprietário, tais como: *actio negatoria*, *confessoria* e *danni infecti*.¹⁴

É essa a origem remota do direito de superfície, que surgiu no campo do direito público e apenas posteriormente foi exportado para o direito privado.¹⁵

Durante a idade média, o direito de superfície sobreviveu – com feições bem diversas do instituto romano – em função, inicialmente, do direito germânico, que “atribuía maior valor ao trabalho do construtor do que ao direito de pro-

13. Nesse sentido a lição de Roberto de Ruggiero: “(...) o instituto da superfície representou uma atenuação introduzida pelo pretor ao princípio absoluto e rigoroso da acessão imobiliária, segundo o qual tudo quanto se construísse ou se pusesse no solo alheio caía necessariamente sob o domínio do proprietário do solo (...)” (*Instituições de direito civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 2, p. 685). Ricardo Pereira Lira, ao abordar o direito romano através de uma perspectiva histórica, aponta que: “Essa rigidez de princípios se tornou inconveniente na medida em que cresciam as cidades e se desenvolviam as obras públicas” (apud DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: [www.femperj.org.br/artigos/intdif/ai13.htm]). Conclui-se, então, que o princípio *superficies solo cedit* acabou mitigado – porém não descartado – pela adaptação das normas do direito clássico às novas necessidades sociais.

14. ATTUX, Regina Cláudia Neves Jungmann. *Direito de superfície: aplicação no direito agrário brasileiro*. Dissertação. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2001. p. 30.

15. Ruggiero, a propósito, ensina que o direito de superfície surgiu “primeiramente no direito público, por ocasião das concessões para edificar sobre o solo do Estado e das cidades conferidas aos particulares (...)” (*Instituições de direito civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 2, p. 685). No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4, p. 243. Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, afirma que o instituto serviu inicialmente aos comerciantes, que recebiam autorização dos magistrados para instalar tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado (*Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 390).

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

priedade do solo”.¹⁶ Nem poderia ser diferente, já que, para os germanos, “o solo não podia ser objecto de apropriação individual, quando muito de apropriação comunitária”.¹⁷

A par dessa *propriedade* comum ao grupo social, retomou-se lentamente a noção de propriedade privada: a apropriação, pelas famílias, da superfície sobre a qual estavam construídas as suas cabanas, do solo semeável que as cercava e da terra em que estavam enterrados os seus antepassados. Apesar disso, o chefe da família não podia dispor da propriedade plena a seu alvedrio.¹⁸

Percebe-se aí uma sombra que pode ser associada à superfície romana, mas que com ela não se identifica. De fato, essas formas de apropriação serviram apenas para garantir uma espécie de sobrevida ao direito de superfície durante o longo período medieval.

Entrementes, havia, dentro das propriedades feudais, figuras jurídicas formalmente assemelhadas aos *jura in re aliena*, que apenas serviam para mascarar, entretanto, os abusos cometidos pelos senhores,¹⁹ que patrocinavam a escravidão dos homens junto a terra, em função dos altíssimos pagamentos que estes eram obrigados a oferecer àqueles.

Daí porque, com o início da idade moderna, o direito de superfície não teve, de pronto, boa acolhida. O Código Civil francês dele não tratou, exatamente pelo fato de considerá-lo como forma de manutenção da propriedade feudal.²⁰

16. José Guilherme Braga Teixeira apud Rogério José Pereira Derbly. *Direito de superfície*. Disponível em: [www.femperj.org.br/artigos/intdif/ai13.htm].

17. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 637. O autor prossegue: “César (De Bello Gallico, VI, 22) constata que entre os Germanos ‘ninguém possui uma superfície certa dos campos nem limites próprios’; todos os anos o chefe reparte as terras entre as famílias”. Vide, também: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UnB, 1999. p. 1032.

18. Idem, p. 638.

19. Lafayette Rodrigues Pereira, tratando especificamente da enfiteuse, traz comentário que bem serve para ilustrar tal situação: “Ainda em meados do século passado, a enfiteuse era em Portugal uma das mais largas bases da prepotência das ordens religiosas e da aristocracia. Uma instituição tal não podia escapar à política demolidora do grande ministro de D. José I. E, com efeito, por ocasião de restaurar as leis da amortização, o Marquês de Pombal pôs por diante princípios que alteraram profundamente a enfiteuse tal como haviam constituído os costumes. A reforma começada é incompleta, mas nela ressurbra com energia o pensamento de erradicar velhos abusos e restituir à enfiteuse a antiga simplicidade do direito romano” (*Direito das coisas*. Campinas: Russell, 2003. t. I, p. 375-376).

20. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 391.

Além disso, é certo que a propriedade, tal como regradada pelo *Code*, muito mais se assemelhava à propriedade romana dos primórdios, individualista e absoluta,²¹ do que à propriedade utilitária, passível de divisão, vislumbrada pelos pretores, de modo que a adaptação do instituto, em verdade, afigurou-se para os franceses tão inviável quanto inoportuna.

Depois do *Code*, outras codificações deixaram de agasalhar o direito de superfície, sendo o Código Civil austríaco, editado em 1811, a primeira legislação contemporânea a regrá-lo, efetivamente.

Ricardo Pereira Lira, a propósito, realizou estudo que dividiu os ordenamentos civis em três grupos, tomando por critério a existência ou não de disciplina para o direito de superfície.

No primeiro grupo, incluiu as legislações que tratam expressamente do instituto: o direito alemão, o italiano,²² o espanhol, o belga e o suíço,²³ além do português, do japonês, do inglês, do holandês e do austríaco.

No segundo grupo, arrolou os ordenamentos que convivem com a superfície como criação doutrinária, e não legal: é o caso do direito francês e do italiano, sob a égide do Código de 1865,²⁴ em função das ressalvas consignadas nos arts. 553 e 448 dos diplomas respectivos.

Por fim, o grupo dos países cuja legislação não prevê o direito de superfície, e que abraçam o princípio da taxatividade dos direitos reais: a Argentina, que baniu expressamente o instituto,²⁵ e o Brasil,²⁶ até recentemente, além de outros de menor expressão, como por exemplo a Costa Rica.

O presente trabalho analisará, por oportuno, a tutela dada pelo ordenamento português ao direito de superfície, que muito se assemelha à nossa. Países

21. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 636. Vide, também, a noção de propriedade (re)instituída pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Revolução Francesa de 1789.

22. O legislador italiano, apenas ao editar o Código de 1942, atendeu às reivindicações dos juristas e disciplinou o instituto da superfície, o qual não fora expressamente tratado no Código de 1865 (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 2, p. 688, nota 135).

23. Apud MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 16. Na Espanha, de se ressaltar, a superfície foi instituída por meio de lei extravagante, sendo omissa o Código Civil. A mesma coisa se deu na Alemanha.

24. Idem, *ibidem*.

25. CC, art. 2.614.

26. Apud MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 16.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

como Alemanha, Suíça e Itália,²⁷ além da Espanha,²⁸ dentre outros, não preveem a superfície de terrenos rurais, mas apenas de prédios urbanos.

Além disso, tem-se que Portugal promulgou seu novo Código Civil apenas em 1966, pelo que teve oportunidade de agasalhar o que de mais moderno havia, até então, no campo do direito civil.

Com relação especificamente ao direito de superfície, há, no Código Civil português, um título próprio e sistematizado, com disposições claras e abrangentes, que serviram de inspiração, aliás, para os juristas e legisladores brasileiros.²⁹

3. A INCLUSÃO DA SUPERFÍCIE NO DIREITO BRASILEIRO

Foi com o Esboço de Teixeira de Freitas que surgiram os primeiros delineamentos daquilo que, futuramente, viria a se transformar na primeira legislação civil genuinamente brasileira.

Este projeto, que não vingou, mas serviu de ponto de partida, inegavelmente, para os trabalhos depois realizados por Clovis Beviláqua, não contemplava a superfície entre os direitos reais, posto que seu autor, da mesma forma que Clovis, mantinha-se fiel à regra romana clássica: *superficies solo cedit*.

Nessa esteira, o *Projecto de Código Civil brasileiro*, que foi apresentado em 1900 por Clovis Beviláqua, não trazia a superfície na enumeração exaustiva de direitos reais levada a efeito no seu art. 674 (em verdade, no art. 775 do *Projecto*).

Diante disso, a comissão de juristas que ficou encarregada de revisar o projeto inicial do Código houve por bem incluir a superfície no rol dos direitos reais sobre coisas alheias, adotando a regulamentação redigida e defendida por Joaquim da Costa Barradas.

27. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 587. Tratando especificamente da Alemanha, tem-se que o direito de superfície foi largamente utilizado para fomentar reformas imobiliárias urbanas, em especial no período que se seguiu à primeira grande guerra.

28. DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: [www.femperj.org.br/artigos/intdif/ai13.htm].

29. “(...) o Código Civil Português de 1966 é um dos mais atuais, completos e inovadores no que diz respeito ao direito de superfície, e tem servido de paradigma para a inclusão do instituto de superfície no projeto de Código Civil brasileiro em tramitação” (sic) (ATTUX, Regina Cláudia Neves Jungmann. *Direito de superfície: aplicação no direito agrário brasileiro*. Dissertação. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2001. p. 42).

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Contudo, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em parecer subscrito por Benedito de Souza, pronunciou-se desfavoravelmente à inclusão do direito de superfície no rol originalmente concebido por Clovis.³⁰

A respeito disso, o próprio autor do projeto opinou: “O projeto revisto acrescentava, aos direitos reais declarados neste artigo, a superfície, que consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem. Pareceu, porém, ociosa essa criação, que o Código Civil da Alemanha reduziu ao direito, transmissível por ato entre vivos e por sucessão hereditária, de ter construção em prédio alheio (...). No direito romano, o direito de superfície criado pelo pretor não alcançara o seu pleno desenvolvimento, ainda que era protegido pelo interdito de *superficiebus*, e por uma *actio in rem* (D. 43, 18 § 1.º), quando se tratava de uma concessão perpétua ou de longo tempo. Mas, segundo, judiciosamente, ponderou Vélez Sarsfield (nota ao art. 2.053 do Código Civil argentino), melhor foi volver ao direito romano puro, porque a superfície, como direito distinto, ‘prejudicaria os bens de raiz, e traria mil dificuldades e pleitos com os proprietários dos terrenos’. Prevalece, pois, na sistemática do Código Civil, o princípio *superficies solo cedit*; porque a superfície é uma parte do solo, que tão intimamente a êle se liga, pela sua própria natureza, que não se a pode transferir sem ele. Este princípio não impede, porém, que se possa ter um direito distinto sobre a mina encravada no solo, porque a mina é capaz de possuir, econômica e juridicamente, uma individualização própria”.³¹

Assim é que o Código Civil de 1916 acabou por ser editado nos termos do projeto inicialmente apresentado por Clovis, ao menos no que se refere à questão da superfície.

Defensores do direito de superfície, com isso, não esmoreceram. Vários deles insistiram na ideia de que a superfície permanecia como direito real no ordenamento brasileiro, a despeito de sua revogação tácita pela Lei 1.257/1864 e do silêncio do então novel Código.

Apesar dessas vozes isoladas, a doutrina, majoritariamente, e a prática cotidiana relegaram a superfície ao plano historicista, ao qual, outrossim, o instituto efetivamente pertencia.

Não obstante, permaneceram alguns juristas a insistir na inclusão do direito de superfície em nosso ordenamento positivo. O Anteprojeto de Código Civil

30. DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: [www.femperj.org.br/artigos/intdif/ai13.htm].

31. BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Rio de Janeiro: Rio, 1979. t. I, nota 6 ao art. 674, p. 1141-1142.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

elaborado por Orlando Gomes e apresentado ao Ministro da Justiça em março de 1963, e.g., tratava expressamente do instituto. Todavia, a Comissão Revisora depois constituída, com o objetivo de transformar o anteprojeto em projeto, não o manteve.³²

Pouco tempo depois, houve quem considerasse que o direito de superfície havia sido, enfim, regulamentado no Brasil, em função do que dispõe o Dec.-lei 271/1967, em seu art. 7.º.³³

Sem embargo da confrontação que se pode fazer entre a natureza jurídica e os objetivos da concessão de uso em relação ao direito de superfície,³⁴ é certo que a prática cotidiana não deu fôlego à sua larga utilização.

Tanto é assim que o Anteprojeto do Código Civil elaborado sob a supervisão de Miguel Reale não previa, originalmente, o direito de superfície, que não constava da redação primitiva, tal como concebida por Ebert Vianna Chamoun. Apenas no momento em que o anteprojeto foi transformado em projeto é que veio esse direito a ser incluído no rol dos direitos reais, e disciplinado em título próprio.³⁵

Ocorre que esse projeto de lei foi discutido no Congresso Nacional, como é cediço, por mais de vinte e cinco anos, tempo em que o direito de superfície permaneceu, pragmaticamente, em letargia.

32. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito de superfície. Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, p. 179-180.

33. “Art. 7.º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, ou outra utilização de interesse social”. Redação original, posteriormente alterada pela Lei 11.481/2007.

34. Rogério José Pereira Derbly (*Direito de superfície*. Disponível em: [www.femperj.org.br/artigos/intdif/ai13.htm]) reporta que Caio Mário afirmou, à época, que o direito de superfície havia sido reintroduzido no ordenamento brasileiro. Miguel Reale esposou opinião semelhante na Exposição de Motivos de seu Anteprojeto do Código Civil.

José Guilherme Braga Teixeira e Ricardo Lira, por sua vez, adotam posição diversa. Rui Geraldo Camargo Viana, na mesma esteira, sustenta que a concessão de uso com a superfície não se confunde, e chega a opinar no sentido de que “como apresentada no Dec.-lei 271/1969, a concessão de uso melhor atenderia às finalidades do projeto, restringindo sua aplicação às terras públicas, respeitada a sua origem histórica” (ob. cit., p. 9).

35. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 180.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Nem mesmo a apresentação de um outro projeto de lei, que depois acabou por transmudar-se no vigente Estatuto da Cidade,³⁶ foi suficiente para trazer atenção, novamente, ao direito de superfície. Pudera, foram mais de quinze anos de tramitação legislativa, num período em que a democracia voltava ao País e uma nova Constituição era elaborada.

Foi, aliás, a Constituição Federal promulgada em 1988 que trouxe novas perspectivas para a problemática da propriedade imobiliária no Brasil.

Primeiramente, ao reafirmar o comprometimento do País com a moderna noção de propriedade, que em muito se distancia da absoluta propriedade romana, agasalhada pelo *Code* francês e, conseqüentemente, pelo Código Civil de 1916.

Depois, ao identificar as duas vertentes diferentes, porém interligadas, do problema: a questão agrária e a urbana; esta focada, principalmente, nos grandes centros, que crescem incessante e desordenadamente.

Com relação, especificamente, ao problema das metrópoles, a Carta estabelece, no seu art. 182, que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Trata-se, bem se vê, de norma programática³⁷ de início inoperante, em função da ausência de lei estabelecida das *diretrizes gerais*, requerida pelo próprio Texto.

É bem verdade que o Código Civil de 1916 trazia normas infraconstitucionais de organização imobiliária. Tais normas, todavia, mostravam-se insu-

36. O Estatuto da Cidade (Lei federal 10.257/2001) é fruto imediato do PL 5.788/1990. Tal projeto fora antecedido pelo PL 2.191/1989 e por outros 15 textos.

A despeito disso, não há como negar que tais projetos receberam evidente inspiração de um antigo projeto do Ministério do Interior, publicado em meados de 1983, que concebia soluções para relevantes problemas urbanos, que ainda hoje persistem. Dentre as soluções então propostas, figurava o direito de superfície (VIANA, Rui Geraldo Camargo. Ob. cit., p. 6). Ricardo Pereira Lira trata, também, do PL 775/1983, que foi retirado do Congresso Nacional pelo Governo apenas em 1995, sem qualquer deliberação (O direito de superfície e o novo Código Civil. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 553).

37. Trata-se, segundo a doutrina abalizada de José Afonso da Silva, de norma de eficácia limitada declaratória de princípios programáticos, pelo fato de depender de lei infraconstitucional para operacionalizar sua devida implementação (apud DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 106).

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

ficientes, como de fato ainda se mostram, para implementar a política urbana proposta pela Constituição Federal, até porque não cumpre ao direito civil, por si só, tal tarefa, que demanda uma abordagem interdisciplinar.

Bem por isso, foi editado, em 10.07.2001, o Estatuto da Cidade, que não apenas enumera quais são os instrumentos jurídicos postos à disposição dos governos municipais – e também das pessoas jurídicas de direito privado – para a implementação da política urbana proposta, em linhas gerais, pela Carta, mas também minuciosa quais os caminhos e objetivos desta política;³⁸ quais as soluções encontradas para garantir o bem-estar de milhões e milhões de cidadãos brasileiros.

Entre os *instrumentos da política urbana* previstos no Estatuto, figura o chamado direito de superfície, em sua primeira aparição numa lei genuinamente brasileira – *début* aplaudido por muitos juristas e também pela sociedade civil.

Ocorre que, antes mesmo que o Estatuto pudesse ser devidamente discutido, entendido e efetivamente implementado, foi editada uma nova lei, de enorme importância, em função da qual o Estatuto da Cidade precisa acomodar-se: a Lei federal 10.406, de 10.01.2002, o novo Código Civil.

Haveria conflito entre esses dois diplomas, em especial no que se refere ao tema do presente estudo? Teria havido derrogação? Ab-rogação?

4. O DIREITO DE SUPERFÍCIE E AS NORMAS VIGENTES

Depois de quase duzentos anos de vazio normativo, dois diferentes diplomas, de igual hierarquia legislativa e praticamente simultâneos, houveram por bem reger o direito de superfície.

O Estatuto da Cidade, muito embora seja mais novo tanto em origem quanto em objeto, antecedeu o Código Civil vigente. Ou, melhor dizendo, foi por ele sucedido.

Diante destas circunstâncias, cumpre questionar: há alguma incompatibilidade entre os dois diplomas no que toca à superfície? Teria sido derogado, por conta disso, o Estatuto da Cidade?

38. É essa a ementa da citada lei: “Regulamenta os arts. 182 e 183 da CF, estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá outras providências”. Diz-se gerais as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto porquanto compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, suplementando a legislação federal no que couber (CF, art. 30, I e II).

Trata-se de matéria polêmica, como bem ressaltou Sílvio de Salvo Venosa, e longe está da unanimidade.³⁹

De um lado, autores há que defendem expressamente a manutenção do Estatuto da Cidade em sua integralidade, em função do critério da especialidade disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta, nesse sentido, que o Estatuto da Cidade, pelo fato de disciplinar os arts. 182 e 183 da CF, insere-se na política urbana, com exclusão, portanto, da área rural.⁴¹ Diante disso, tira a seguinte conclusão: “(...) o direito de superfície, tal como disciplinado nessa lei, não abrange os imóveis rurais. Já no Projeto do Código Civil a extensão do instituto é maior, porque não distingue propriedade urbana ou rural (...). Uma vez promulgado o novo Código Civil, e entrando em vigor, o direito de superfície poderá ser indistintamente utilizado pelo proprietário rural ou urbano”.⁴²

Régis de Oliveira, por sua vez, trilha semelhante caminho: “Observe-se que a lei em comento apenas se refere ao imóvel urbano, enquanto o Código Civil cuida do urbano e também do rural. Evidente a diferença de situação. A lei específica disciplina a política urbana estabelecida na Constituição (arts. 182 e 183), enquanto o Código Civil é regra geral para todos os imóveis”.⁴³

Sílvio de Salvo Venosa também sustenta a especialidade do Estatuto da Cidade em relação ao Código Civil e vai além: identifica o Estatuto como um microsistema legislativo,⁴⁴ assemelhado em estrutura à Lei das Locações e ao Código de Defesa do Consumidor. Bem por isso, opina no sentido de que “o Estatuto vigorará sobranceiro, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores”.⁴⁵

Ricardo Pereira Lira defende, também, que: “(...) com a entrada em vigor do novo Código Civil em 11.01.2003, as disposições nele constantes relativas

39. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393.

40. LINDB, art. 2.º § 2.º.

41. Ob. cit., p. 180.

42. Idem, *ibidem*. Trata-se, por óbvio, de texto escrito antes da edição do Código Civil vigente.

43. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 70.

44. Vide, sobre o conceito de microsistema legislativo: PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 200-203.

45. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393.

ao direito de superfície não revogarão aquelas já em vigor e que foram editadas com o Estatuto da Cidade. Não incide no caso a regra da lei de introdução segundo a qual a lei posterior, que regula inteiramente a matéria tratada na lei anterior, a revoga. Isso porque o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa daquele previsto no novo Código Civil, voltado aquele para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da cidade. No novo Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender a interesses e necessidades privadas”.⁴⁶

Outros doutrinadores há que defendem a coexistência dos dois diplomas, obedecido o critério da especialidade, sem abordar a questão, entretanto, de forma explícita.

Maria Helena Diniz,⁴⁷ Arnaldo Rizzardo⁴⁸ e Toshio Mukai,⁴⁹ dentre outros, analisam conjuntamente as disposições do Estatuto da Cidade e as do Código Civil, depreendendo-se daí que tais doutrinadores consideram que não há conflito entre os dois diplomas.

Posição contrária é sustentada, dentre outros, por Joel Dias Figueira Junior, que analisa comparativamente as duas leis e conclui: “O Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.07.2001) antecipou-se ao novo Código Civil e inovou em seus arts. 21 a 24, criando o *direito de superfície*, inclusive como direito real, à medida que lhe confere as garantias ínsitas referentes à escritura pública e ao respectivo registro no Registro Imobiliário. Todavia, com a entrada em vigor do novo Código, o Estatuto estará derogado, passando o instituto em questão a ser regulado inteiramente pelos arts. 1.369/1.377 do novo Código Civil”.⁵⁰

Com a devida vênia, não é essa a posição que parece ser a correta, pelo fato de apenas considerar o critério cronológico da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sem atentar para o conteúdo propriamente dito dos dois textos legais em confronto.

Para responder devidamente se houve, ou não, derrogação do Estatuto da Cidade, faz-se necessária uma análise dos dois textos legais sob a ótica da Teoria Geral do Direito.

46. *O direito de superfície...*, p. 554.

47. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 406-412.

48. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 863-867.

49. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15-20.

50. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1210.

Isso porque, para que haja revogação tácita – e a expressa, no particular, não houve – é necessário que se verifique incompatibilidade entre a lei nova e a velha.

A propósito, Maria Helena Diniz, valendo-se do ensinamento irrepreensível de Fiore, ensina que: “Fiore, ao se referir à incompatibilidade como critério de revogação tácita, pondera que ‘quando a lei nova é diretamente contrária ao próprio espírito da antiga, deve entender-se que a ab-rogação se estende a todas as disposições desta, sem qualquer distinção’. Mas acrescenta: ‘em caso contrário, cumpre examinar cuidadosamente quais as disposições da lei nova absolutamente incompatíveis com as da lei antiga e admitir semelhante incompatibilidade quando a força obrigatória da lei posterior reduz a nada as disposições correspondentes da lei anterior: *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint*. E sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas de modo a fazer cessar a antinomia, pois as leis, em regra, não se revogam por presunção’. Assim, havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis *conflitantes* são compatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume. A incompatibilidade deverá ser formal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga”.⁵¹

Diante desse indubitado ensinamento, cumpre indagar: há incompatibilidade entre as disposições do Estatuto da Cidade e as do novo Código Civil? As disposições do Estatuto impedem a implementação das normas do Código Civil?

Certamente que não.

Uma análise resteira dos dois textos legais, aliás, afigura-se insuficiente para evidenciar quais as diferenças existentes entre a tutela oferecida por um diploma legal e pelo outro.

Nessa difícil tarefa, de identificar as diferenças eventualmente existentes, o Tabelaio Carlos da Costa Leite aponta que: “O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), conforme já explicitado, reproduz, em seus arts. 21 a 24, as disposições estampadas no novo Código Civil com relação ao direito sob comentário, apartando-se deste, no entanto, em alguns aspectos: (a) O Estatuto só faz referência a imóveis urbanos, enquanto que o Código não faz distinção entre imóveis urbanos ou rurais; (b) O Estatuto estabelece que a concessão pode se dar por tempo determinado ou indeterminado. O Código Civil só faz referência a concessão por tempo determinado; (c) O Estatuto dispõe que a concessão

51. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

do direito abrange a utilização do solo, subsolo e espaço aéreo. O Código Civil só autoriza obra no subsolo se esta for inerente ao objeto da concessão; (d) O Estatuto enumera as causas de extinção do direito de superfície, quais sejam, o advento do termo e o descumprimento das obrigações assumidas pelo superficiário. O Código Civil se mantém silente a respeito”.⁵²

A partir dessa análise introdutória, pode-se já estabelecer que incompatibilidades, de fato, não há entre os dois diplomas. Assim, não se pode falar em revogação tácita no particular.

E, com relação às pequeníssimas diferenças efetivamente existentes, tem-se por certo que elas, longe de impossibilitarem a aplicação plena de um dos dois diplomas, podem ser tranquilamente acomodadas através da aplicação do critério da especialidade⁵³ (LINDB, art. 2.º, § 2.º), o que acontece, por exemplo, com relação à questão da indeterminação do prazo da cessão, prevista apenas no Estatuto.

Nem se diga, a respeito, que o legislador teria acrescentado no corpo do Código Civil uma ressalva, caso quisesse, efetivamente, ter resguardado as disposições constantes do Estatuto da Cidade,⁵⁴ tal como fez no art. 2.036, que excepciona as locações prediais urbanas.

Afinal, não cumpre ao legislador interpretar, ele próprio, o ordenamento, transformando-o em sistema jurídico, até porque o texto cru da lei não comporta a análise lógico-sistemática e teleológica que integra, necessariamente, o processo de interpretação.

Ademais, é certo que, caso fosse de se restringir o processo interpretativo à análise das disposições legais expressas, em detrimento dos princípios e da noção de sistema, o que ora se admite apenas por argumentar, ter-se-ia ainda assim que concluir pela manutenção do Estatuto da Cidade, em sua integralidade.

52. *Direito real de superfície: a ressurreição*. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3616].

53. Ricardo Pereira Lira, a propósito, formula ótimo exemplo, que merece ser aqui transcrito: “Se um particular, dono de um imóvel residencial, pretende estabelecer no lote contíguo, de propriedade de outrem, um campo de futebol, nele construindo uma pequena sede desportiva, com vestiário, sauna etc., para tanto contratando com seu vizinho o direito de construir, a título de superfície, sobre o lote dele, estará constituindo um direito de superfície que será regulamentado pelo novo Código Civil, pois o negócio jurídico em tela estará penetrado inteiramente pelo interesse particular, sem qualquer viés urbanístico” (*O direito de superfície...*, p. 554).

54. Cf. LC 95/1998, art. 7.º, IV.

É que a LC 95/1998 determina, no seu art. 9.º, que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”, sendo certo que o Código Civil nada diz a respeito do Estatuto, ou mesmo do direito de superfície, especificamente.

Portanto, nem mesmo por essa via transversa há como defender a derrogação do Estatuto da Cidade,⁵⁵ que pode e deve ser aplicado conjuntamente com o Código Civil vigente, conforme se verificará logo a seguir.

5. TUTELA DA SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

5.1 Conceito e natureza jurídica do direito de superfície

Na lição de Oliveira Ascensão, “a superfície pode ser simplesmente definida como o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio”.⁵⁶ Trata-se de conceito simples, porém abrangente e preciso, que bem serve para caracterizar a superfície.

Como regra geral, toda construção ou plantação incorporada fisicamente a um imóvel passa a integrá-lo de pleno direito, sob o domínio do proprietário do terreno. Pela regra da acessão, consagrada no art. 1.253 do CC, tudo que se acrescentar ao solo pertencerá ao seu proprietário (*superficies solo cedit*).⁵⁷ Este é o princípio que prevalece em nosso ordenamento.

Pode ocorrer, contudo, a suspensão dos efeitos desta regra – estabelecida voluntariamente, no mais das vezes, pelo proprietário do solo –, através da constituição do chamado direito de superfície.⁵⁸

O direito de superfície, com efeito, suspende os efeitos da acessão, de modo a autorizar alguém a construir ou plantar sobre solo alheio e ficar com a pro-

55. Nesse sentido o Enunciado 93 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2002: “As normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano” (citado por: NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 22. ed. São Paulo: Saraiva. p. 244).

56. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 525.

57. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 410.

58. LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície...*, p. 541. O autor fala, também, na interrupção dos efeitos da acessão, na hipótese de superfície perpétua, que é vedada, contudo, pelo ordenamento brasileiro.

priedade (superficiária) da construção ou plantação, distinta da propriedade do dono do solo.⁵⁹

Nesse sentido, pode o direito de superfície ser conceituado, de forma um pouco mais completa, como o direito real autônomo⁶⁰ de construir ou plantar em solo alheio, e exercer a propriedade resolúvel das construções e/ou plantação feitas.

Ao dono do solo, resta uma propriedade limitada, porquanto desprovida de substância, além da expectativa de adquirir, eventualmente, a propriedade superficiária.

5.2 Objeto do direito de superfície

O direito de superfície recai necessariamente sobre um bem imóvel. Este imóvel é sempre um terreno, ressalvada a hipótese de sobrelevação,⁶¹ que será tratada em subitem próprio.

5.2.1 Restrição à construção em subsolo, segundo o Código Civil

Dispõe o art. 1.369 do CC que “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno (...)”. E o parágrafo único traz a seguinte restrição: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”.

O Código brasileiro, quanto a este particular, repetiu a fórmula e também a restrição imposta pelo artigo 1525.º/2 do diploma português, que foi duramente criticada por Oliveira Ascensão e acabou revertida pela edição, naquele País, do Decreto-Lei 257/1991.⁶²

59. *Idem*, p. 541-542.

60. Uma vez que a legislação vigente eleva o direito de superfície à categoria de direito real autônomo, desvaneceram-se as dificuldades conceituais que o instituto antes impunha.

O superficiário exerce direito de propriedade (resolúvel) sobre o bem superficiário enquanto o concedente exerce direito de propriedade sobre o solo, apenas. Trata-se de dois direitos autônomos e íntegros, que não se identificam com nenhuma outra situação prevista no Código. Apenas no campo possessório opera-se desmembramento, ficando o superficiário com a posse direta do solo, inclusive.

61. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 526.

62. *Idem*, p. 527.

Entre nós, a utilização do subsolo permanece vedada pelo regime do Código Civil, salvo se for inerente ao próprio negócio:⁶³ os alicerces e as garagens de um edifício, por exemplo. Não será lícita, de outro lado, a superfície que tiver como objeto principal a edificação de um túnel, a abertura de uma mina de captação de água, a construção de uma garagem subterrânea sob um edifício já construído etc.

Vale dizer, a lei civil não proíbe a realização de obras no subsolo, mas apenas impede que elas, as tais obras, constituam objeto autônomo do direito de superfície, talvez por configurar (aparente) contradição a concessão de *superfície* para a realização de uma obra subterrânea.⁶⁴

Reeditamos, sobre a questão, as pertinentes críticas feitas por Oliveira Ascensão ao Código português, na medida em que a restrição legal em voga desconsidera interesses práticos e os avanços recentes no campo da construção civil, que pareciam agasalhados pelo PL 6.960/2002, atualmente arquivado. O referido projeto de lei fazia expressa referência à possibilidade de utilização do subsolo e/ou do espaço aéreo pelo superficiário.⁶⁵

Permanece, no entanto, a restrição estabelecida no Código Civil.

5.2.2 A abrangência do objeto da superfície, no Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade trata a questão de forma diversa em seu art. 21: “O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno (...)”. E, no § 1.º, completa: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

63. Silvio de Salvo Venosa dá como exemplo a exploração de argila para a fabricação de tijolos (*Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393). Com a devida vênia, tal atividade, nada obstante a sua licitude, não se coaduna com as finalidades e, bem assim, com os delineamentos do direito de superfície.

64. Arnaldo Rizzardo, a propósito, ensina que: “A propriedade (do superficiário), entretanto, vai até o nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas. Abaixo desses limites o domínio é reservado ao proprietário do solo” (*Direito das coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 862).

65. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393. É este o texto que foi proposto: “Art. 1.369 (...) Parágrafo único. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística”.

Eis que, no regime estabelecido pelo Estatuto, o direito de superfície assume maior amplitude, fulminando a correlação óbvia existente entre a denominação do instituto e o seu objeto.

Se por um lado há limitação, decorrente das específicas finalidades daquele diploma legal, de outro há absoluta liberdade, podendo o fundeiro conceder ao superficiário o direito de explorar a superfície, o subsolo ou o espaço aéreo do imóvel, em conjunto ou separadamente.⁶⁶

A utilização, pela lei, da conjunção alternativa é sintomática: o direito de superfície, para fins de urbanização, pode e deve assumir as mais variadas faces, no sentido de permitir o pleno aproveitamento do espaço urbano.

5.2.3 Das obras e das plantações

A exemplo do que acontece no direito português, a superfície pode revestir duas modalidades: concessão para fins de construção ou de plantação.

O Código Civil refere-se expressamente a elas no seu art. 1.369, que prescreve: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno (...)”. O § 1.º do art. 21 do Estatuto da Cidade, por sua vez, é omissivo com relação às formas possíveis de utilização do bem superficiário, donde se pode concluir que a utilização de que trata o tal dispositivo abrange qualquer construção, obra e/ou plantação.⁶⁷

Mas, o que seriam *construções*, em relação especificamente ao direito real ora analisado? E o que seriam *plantações*?

Salvo melhor juízo, os autores nacionais ainda não se debruçaram sobre o tema, razão pela qual o presente estudo considerará, como ponto de partida, a lição de doutrinadores portugueses.

É a significação que se dá ao termo *obras* que estabelece e delimita o conteúdo do direito de construir tratado no art. 1254.º do Código português.

Ao abordar esta questão, Pires de Lima e Antunes Varela opinam no sentido de que: “O termo obras, mais amplo do que a expressão edifícios e até do que

66. O que reforça a ideia, aliás, segundo a qual a legislação vigente admite o chamado direito de sobrelevação.

67. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 181. A autora prossegue: “Porém, como o instituto, nessa lei, é previsto apenas como instrumento de política urbana, fica evidente que sua utilização se dará mais especificamente para a construção. Nada veda, no entanto, o uso para plantações, ainda que estas não sejam muito usuais na área urbana” (ibidem).

o vocábulo construções, mostra que o direito de superfície pode ter por objeto não só os edifícios ou prédios urbanos (destinados a habitação, à instalação de qualquer estabelecimento comercial, quiosque, posto de venda de combustíveis etc.), mas também outros tipos de construções (como pontes, diques, muros, monumentos: cfr. Wolff, ob., vol. e loc. cit.) e até de obras (como o banco numa igreja, as vigas do caminho de ferro, os carris ou os cabos dos elétricos) que não sejam propriamente uma construção, no sentido usual do termo. Essencial é que a obra esteja materialmente unida ou ligada ao solo alheio”.⁶⁸

José de Oliveira Ascensão critica esta concepção, segundo a qual caberia dentro do conceito de *obra*, e.g., o direito à cadeira no teatro e na igreja; sustenta que nela haveria extensão demasiada.⁶⁹

O Código Civil português fala em “construir uma obra” (art. 1524.º) e a uma “obra construída” se refere constantemente. Fala, também, do “prédio” incorporado ao solo.⁷⁰

Conclui daí Ascensão que “a mera implantação no solo não é ainda suficiente para fazer funcionar o dispositivo legal: e, como o direito de superfície representa a outra face da acessão, acrescentaríamos ainda que não é qualquer implantação que basta, mas só a implantação que faria funcionar a acessão”; a implantação que pode ser “objecto de servidões activas”.⁷¹

Em suma: não é qualquer obra implantada na coisa que pode consubstanciar o objeto do direito de superfície.

A mesma coisa se dá no direito brasileiro.

Não obstante o ordenamento pátrio, em várias passagens, conceda às benfeitorias e às acessões igual tratamento jurídico, é certo que, com relação à constituição de superfície, há que se estabelecer entre elas distinção.

O Código Civil, é bem verdade, não fala em *prédios*, tampouco em acessão, especificamente. Todavia, em função principalmente das finalidades do instituto, parece-nos temerário falar numa propriedade superficiária constituída unicamente de benfeitorias, ainda que úteis ou necessárias.

Mesmo nas hipóteses de sobrelevação, o superficiário deve necessariamente introduzir no imóvel acréscimos de monta, que se justaponham ao que já

68. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 590-591.

69. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 527.

70. Idem, *ibidem*.

71. Idem, p. 527-288.

existia;⁷² que possam ser economicamente explorados *per se*, separada e independentemente do terreno ou da construção já existente.

Perante o ordenamento português, o vocábulo *plantações* não serve para designar vegetais cujo ciclo produtivo se esgote numa colheita anual.⁷³ *Plantações*, com efeito, são as culturas duradouras, que com as *sementeiras* não se confundem.⁷⁴ Daí porque, aliás, a legislação portuguesa associa às *plantações* as árvores,⁷⁵ atribuindo-lhes o mesmo regime jurídico.

De fato, o Código português evidencia em várias passagens a distinção ora abordada, entre *plantações* e *sementeiras* (art. 1339.º, por exemplo), que adota como principal critério o fator temporal.

Considerando que o Código português concebe a superfície como direito real perpétuo ou, quando menos, *perene* (vide, a propósito, arts. 1530.º/1 e 1536.º/1, dentre outros), não haveria mesmo como autorizar um complicado desmembramento por conta de uma cultura efêmera.

No Brasil, contudo, não se adota tradicionalmente esta distinção, entre *plantação* e *sementeira*, muito embora a lei expresse existir entre elas alguma diferença (vide, *e.g.*, arts. 1.254 e ss.).

Nessa esteira, parece impossível importar a restrição presente no direito português, até porque a legislação brasileira trata a superfície de maneira muito mais dinâmica que a portuguesa; admite o pagamento de *cânon* em periodicidade mensal e não estipula prazo mínimo de duração.

Outrossim, a propugnada interpretação extensiva da noção de *plantações* – para que nela sejam abarcadas as árvores, as culturas permanentes e também as anuais – multiplica a utilidade do instituto no âmbito do direito agrário, no sentido, principalmente, de facilitar para o agricultor a captação de crédito, através da oneração da lavoura constitutiva da propriedade superficialiária.⁷⁶

72. Na lição de Silvio Rodrigues, “*acessão* significa justaposição, aderência de uma coisa à outra, de modo que a primeira absorva a segunda” (*Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva. vol. 1, p. 123).

73. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 591.

74. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 528.

75. *Idem*, *ibidem*.

76. ATTUX, Regina Cláudia Neves Jungmann. *Direito de superfície: aplicação no direito agrário brasileiro*. Dissertação. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2001. p. 115.

5.2.4 *Direito de sobrelevação*

Trata-se do direito de construir sobre edifício alheio, que apresenta certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal.⁷⁷

O Código Civil português prevê expressamente esta possibilidade, de se “manter” obra ou plantação em terreno alheio (cf. art. 1524.º), no sentido de: implementar benfeitorias e/ou acessões em obra já levantada, total ou parcialmente; ou ampliar plantações já existentes.⁷⁸

No direito brasileiro, não há previsão expressa. O Código Civil fala no *direito de construir ou de plantar em terreno*; o Estatuto da Cidade, em semelhante disposição, prescreve que “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno”.

Interpretando literal e restritivamente tais dispositivos, autores há que opinam pela inexistência da sobrelevação em nosso ordenamento. Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que: “O Estatuto da Cidade não esclarece se o direito de superfície pode referir-se a construções previamente existentes no terreno, como é admitido, por exemplo, no direito Alemão. Contudo, pode-se deduzir que essa possibilidade não existe, consoante decorre implicitamente do art. 21, que prevê como objeto o ‘direito de superfície do seu terreno’ (*caput*) e o ‘direito de utilizar o solo, o subsolo e o espaço aéreo’. Solo é a ‘porção da superfície terrestre onde se anda, se constrói etc.; terra, chão’. Tem-se que entender, portanto, que o direito de superfície não incide sobre construções já existentes na data da concessão. No Projeto de Código Civil, o art. 1.368, falando em direito de construir ou de plantar, evidentemente, também afasta as construções ou plantações já existentes antes da constituição do direito de superfície”.⁷⁹

Silvio de Salvo Venosa, no entanto, defende posição contrária, esclarecendo que: “O Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário

77. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 526. Ricardo Pereira Lira nega qualquer relação entre esta categoria e a propriedade horizontal (*O direito de superfície...*, p. 543). Todavia, não há como olvidar que, nada obstante haja propriedades exclusivas detidas por pessoas diferentes, existirão também áreas comuns, instaurando-se, quando menos, regime de comosse.

78. Vide, a respeito, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 593-594.

79. Ob. cit., p. 181. No mesmo sentido, Regis Fernandes de Oliveira, para quem “somentemente o terreno é que a este direito se subordina” (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 70); Ricardo Pereira Lira (*O direito de superfície...*, p. 555) aponta que os textos legais brasileiros “não contemplam a possibilidade da sobrelevação ou da superfície em segundo grau”, e sugere a sua inclusão.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, mencionado pelo Código português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes. Parece-nos que é inafastável também essa possibilidade em nosso direito, por ser da natureza do instituto, não havendo razão para a restrição. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas também quem mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina direito de sobrelevação, que não contraria nossa legislação”.⁸⁰

De fato, não há razão, dogmática ou mesmo de ordem prática, a obstar a instituição de superfície em segundo grau em face da legislação vigente, notadamente para fins de zoneamento e urbanização.

Silvio Venosa bem ressaltou que o construtor que termina uma obra já começada, por exemplo, também desenvolve importante função social. Vale destacar, a respeito, que em São Paulo, e em outros centros urbanos do País, existem *esqueletos* gigantes, cujas obras estão paralisadas já há tempos, causando evidentes prejuízos financeiros e urbanísticos.

Outrossim, quisesse vedar a constituição de superfície em segundo grau, teria o Código trazido disposição expressa, tal como fazia o diploma revogado, a propósito da enfiteuse (CC/1916, art. 680).

De se acrescentar, por fim, que chegou a existir proposta de alteração legislativa, no sentido de modificar o art. 1.369 do CC, que passaria a ter o seguinte texto: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno ou o direito de executar benfeitorias em sua edificação, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.⁸¹ Contudo, a iniciativa acabou arquivada, sem ter sido submetida a votação plenária.

5.3 Constituição do direito de superfície

O direito de superfície se considera validamente constituído, como direito real limitado, com a regular inscrição do contrato celebrado pelas partes no

80. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 392. No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 4, p. 244.

81. PL 6.960/2002. Tal proposta pretendia “expandir a utilização do direito de superfície e harmonizar a sua regulamentação” (FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 214).

Cartório Imobiliário competente,⁸² nos termos do que dispõem os arts. 1.369 do CC e 21 do Estatuto da Cidade.⁸³

O contrato de instituição deve, necessariamente, ser instrumentalizado sob a forma de escritura pública, nos termos do art. 108 do CC, cumulado com referidas disposições específicas, que repisam tal obrigatoriedade como essencial para a validade do ato.⁸⁴

No contrato de instituição, devem ser incluídas todas as disposições consensualmente estabelecidas entre o fundeiro e o superficiário,⁸⁵ ressalvadas, apenas, as normas de caráter público, que não podem ser desafiadas pela vontade das partes.

Nesta categoria, destacam-se, com relação ao direito de superfície, as normas específicas acerca do tema,⁸⁶ além das limitações ordinárias incidentes sobre os direitos de construir – normas de construção, zoneamento⁸⁷ e vi-

82. A propósito, ensina Régis Fernandes de Oliveira (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 70), que “embora se cuide de direito diverso daquele do de propriedade, entendemos que haverá registro na própria matrícula do imóvel. Não é o caso de matrícula autônoma, realizando-se remissão à matrícula do próprio imóvel. Os direitos são exercidos sobre um só imóvel, embora divididos. Logo, toda a vida deve constar de uma mesma matrícula”, tal como ocorre, por exemplo, com o usufruto.

83. LRP, art. 167, I, 39. “É bem verdade que o registro imobiliário, previsto na Lei de Registros Públicos, refere-se à inscrição do título constitutivo do direito de propriedade (*sic*) regulado pelo Estatuto da Cidade. Seria de indagar se tal registro é o mesmo que deve ser utilizado quando da inscrição do título constitutivo do direito de superfície celebrado nos moldes do Código Civil? A resposta há de ser afirmativa, pois para fins de registro imobiliário nenhuma diferença haverá entre um e outro” (MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: Ed. LTr, 2002. p. 86).

84. CC, art. 104, III.

85. Ex.: CC, arts. 1.369, parágrafo único, e 1.370; Estatuto da Cidade, arts. 21, § 3.º, e 24.

86. Ex.: CC, art. 1.372, parágrafo único; Estatuto da Cidade, art. 22.

87. “No dizer de Hely Lopes Meirelles, ‘os superiores interesses da comunidade justificam as limitações urbanísticas de toda ordem, notadamente as imposições sobre área edificável, altura e estilo dos edifícios, volume e estrutura das construções; em nome do interesse público, a administração exige alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres e espaços verdes; impõe determinados tipos de material de construção; fixa mínimos de insolação, iluminação, aeração e cubagem; estabelece zoneamento; prescreve sobre loteamento, arruamento, habitações coletivas e formação de novas povoações; regula o sistema viário e os serviços públicos e de utilidade pública; ordena, enfim, a cidade e todas as atividades das quais depende o bem-estar da co-

zinhança, dentre outras – e de plantar – normas ambientais e regulamentos agrícolas, dentre outras.

Até que haja escrituração válida, o direito de superfície não existe como direito real, apenas obrigando as partes contraentes nos limites objetivos e subjetivos do contrato. Antes da formalização do registro, não se pode falar, e.g., em *reivindicatio*, mas apenas em proteção possessória e/ou responsabilidade civil, quando for o caso.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸⁸ opina no sentido de que os arts. 1.369 do CC e 21 do Estatuto da Cidade afastam implicitamente a possibilidade de instituição da superfície por usucapião ou por disposição testamentária, não havendo aí que se confundir a instituição com a aquisição, como faz Maria Helena Diniz.⁸⁹

Afinal, os direitos cabentes ao fundeiro e ao superficiário podem, sim, ser transmitidos em sede de sucessão testamentária, adquirindo o herdeiro, a partir daí, o direito real limitado por via de testamento; hipótese que não se identifica, porém, com a instituição de tal direito, cuja possibilidade, realmente, não parece ter sido vislumbrada pela lei brasileira.

Com relação especificamente à usucapião, no entanto, uma análise mais detida se faz necessária.

O art. 1.528.º do Código Civil português admite expressamente a possibilidade de constituição da superfície por usucapião, enquanto a nossa lei é omissa a esse respeito. Todavia, isso não é razão suficiente para concluir, de pronto, pela impossibilidade de instituição da superfície por via de usucapião no País.

Afinal, o Código Civil apenas trata da usucapião como modo aquisitivo de domínio, mas isso jamais impediu a doutrina de reconhecê-la, desde sempre, como modo aquisitivo, também, de outros direitos reais, como as servidões, o domínio útil na enfiteuse⁹⁰ etc.

Bem por isso, a controvérsia pode apenas se restringir à aplicabilidade prática do instituto ao direito de superfície, em função da especial forma de desmembramento que nele, no direito de superfície, verifica-se.

munidade'. Todas essas normas têm que ser obedecidas pelas partes no contrato de constituição do direito de superfície" (lição citada por DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ob. cit., p. 188).

88. Idem, *ibidem*.

89. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 410.

90. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 122.

Com efeito, se a superfície já está constituída em favor de alguém, nenhuma dificuldade pode ser levantada quanto à admissibilidade desse modo de aquisição por terceiro, uma vez que a posse do usucapiente tem um objeto específico, delimitado e facilmente determinável.⁹¹

O problema surge apenas quando a propriedade superficiária ainda não está instituída. E, nesses casos, há inúmeros autores que limitam o alcance da disposição contida no citado art. 1.528.º do Código português às hipóteses de sobrelevação.

Afinal, em sendo a posse o exercício de fato dos atributos da propriedade, poder-se-ia daí concluir que a posse do direito de construir (ou de plantar) pressupõe, na prática, a posse do próprio solo, clamando o usucapiente, então, pelo título de proprietário pleno do imóvel.

Nesse sentido, em sendo necessário construir ou plantar para exercitar de fato o direito de construir ou de plantar, a usucapião deste direito acabaria por se confundir com a usucapião da própria construção (ou plantação), não havendo, então, como isolar, como individualizar os objetos.⁹²

A verdade, porém, é que o problema da usucapião, mesmo nessas hipóteses, deve ser resolvido na seara processual, na medida em que encerra, apenas, mera questão de prova. O *animus* do usucapiente deve ser perquirido em sede de ação declaratória, não havendo, contudo, nenhum óbice material à constituição do direito de superfície por via de usucapião, ainda quando iniciada a posse sobre um terreno nu.

A propósito, Pires de Lima e Antunes Varela chegam a formular uma interessante hipótese, que pode ser facilmente subsumida à legislação brasileira: é viável a usucapião na hipótese de haver alguém que “construa ou plante, na convicção simultânea de ter o direito de fazê-lo (pelo menos, agindo como tal) e de respeitar o direito de propriedade de outrem sobre o terreno”.⁹³

Por fim, de se esclarecer que a instituição consensual da superfície constitui fato gerador do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), uma vez que se cuida de direito real imobiliário.⁹⁴

91. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 595.

92. *Idem*, p. 596.

93. *Idem*, *ibidem*.

94. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 70.

5.4 *Direitos e deveres do superficiário*

São direitos do superficiário, com relação especificamente ao objeto da superfície, os seguintes: (1) explorar a superfície do imóvel; (2) manejar ações possessórias e petições; (3) transferir o direito de exploração da superfície, independentemente do pagamento de laudêmio; (4) receber indenização proporcional na hipótese de desapropriação do imóvel; (5) receber indenização pelas benfeitorias e acessões, quando da extinção da superfície; (6) exercer direito de preferência, na hipótese de alienação do domínio; e (7) instituir direitos reais de uso, gozo e garantia sobre o bem superficiário.

Passamos a analisar cada um deles.

5.4.1 O superficiário tem o direito de imitar-se na posse do imóvel para construir ou plantar, conforme o caso da concessão.⁹⁵ É esta a essência do direito de superfície: o chamado direito de implante.⁹⁶

A superfície, com efeito, consubstancia uma *autorização* formal do proprietário para que alguém utilize, explore a sua propriedade, tanto para construir como para plantar.⁹⁷

Assim, não há, sequer, como imaginar o instituto sem a participação ativa do superficiário, que consubstancia, entretanto, verdadeira obrigação.

5.4.2 Em regra, com a constituição de superfície, opera-se desdobramento voluntário da posse do imóvel, nos moldes da previsão contida no art. 1.197 do CC, vez que o superficiário assume a posse direta do imóvel – mantendo-se em contato físico com a coisa, monopolizando a sua utilização, e apresentando-se para a coletividade como (aparente) proprietário pleno –, cabendo ao fundeiro apenas a posse indireta.⁹⁸

Na qualidade de possuidor direto, exercendo posse *ad interdicta*, o superficiário pode invocar interditos possessórios para defender a sua justa posse em face de terceiros quaisquer, independentemente de autorização ou representação por parte do fundeiro.

Aliás, a posse direta do superficiário pode ser defendida em face do próprio fundeiro⁹⁹ (cf. CC, art. 1.197, *in fine*), que, com a concessão, perde temporariamente a ingerência sobre o imóvel. A ligação do fundeiro com o bem,

95. LIRA, Ricardo Pereira. *Direito de Superfície...*, p. 544.

96. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 391.

97. *Idem*, p. 392.

98. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 391.

99. *Idem*, *ibidem*.

via de regra, passa a ser meramente intelectual, posto que fica ele obrigado a obedecer – dúvidas não há – às estipulações do contrato de constituição da superfície.

Em caráter excepcional, a superfície, na modalidade da sobrelevação, pode instaurar regime de comosse entre o superficiário e o concedente, hipótese em que deverá ser aplicada a disposição contida no art. 1.199 do CC, pois um não pode turbar o exercício da posse pelo outro.

O superficiário, outrossim, exerce o domínio exclusivo e pleno, senão pela resolubilidade que lhe é inerente, da propriedade superficiária, pelo que pode manejar ações petórias compatíveis com a sua condição de proprietário;¹⁰⁰ pode reivindicar, por exemplo, a superfície de quem quer que a detenha.

5.4.3 Nos termos do art. 1.372 do CC, “o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros”.¹⁰¹ E continua o parágrafo único: “Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência”.

Esta questão será melhor analisada noutra passagem, mas, por ora, cumpre ressaltar que o direito de superfície não importa intransmissibilidade. Assim, pode o superficiário alienar, onerosa ou gratuitamente, a sua propriedade superficiária, podendo transferi-la, também, em sede sucessória.

O contrato de instituição não pode, de forma alguma, impedir a sucessão *mortis causa*,¹⁰² tampouco a alienação por ato *inter vivos*, nada obstante seja o Código Civil omissivo a esse respeito.

5.4.4 O art. 1.376 do CC foi acrescentado ao corpo do projeto pelo Senador Josaphat Marinho, que justificou a emenda no fato de que a desapropriação de imóvel objeto de superfície é “situação que pode ocorrer, normalmente, e que precisa ser prevista e regulada, para evitar controvérsia (...)”.¹⁰³ A propósito da inclusão, Ricardo Fiuza opinou no sentido de que, “conquanto não fosse in-

100. Na lição de Marise Pessoa Cavalcanti (apud MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20), “o superficiário goza das ações possessórias (manutenção e reintegração) e petórias (reivindicatória, negatória e confessória), considerando-se que tem direito oponível *erga omnes*”.

101. No Estatuto da Cidade: “Art. 21. (...) § 4.º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo. § 5.º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros”.

102. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393.

103. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1215.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

dispensável, enriqueceu o texto, e a sua manutenção, antes de trazer qualquer inconveniente, é salutar”.¹⁰⁴

De fato, houvesse ou não disposição legal expressa, é certo que caberia, como de fato cabe ao superficiário direito de receber indenização correspondente ao seu direito real limitado, no caso de desapropriação do imóvel. Solução diversa importaria em viabilizar ao concedente enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento.

Não há na lei, entretanto, solução para o problema que, este sim, gera controvérsia: a estipulação do *quantum* indenizatório de cada um dos contraentes.¹⁰⁵

Em verdade, a lei nem teria como trazer uma solução definitiva para este problema. Afinal, para a fixação do *quantum* indenizatório, há que se analisar a hipótese em concreto para o delineamento do direito cabente a cada um dos contraentes,¹⁰⁶ através da consideração de determinados critérios objetivos, tais como a duração do contrato, a existência ou não de contraprestação, a previsão ou não de indenização pelas construções e/ou plantações, o valor das acessões, o valor do terreno, a valorização do terreno em função das acessões, dentre outros.

5.4.5 Como regra geral, no momento em que cessa a concessão da superfície, o fundeiro recupera a propriedade plena do imóvel e, com ela, as acessões implementadas pelo superficiário. É o que estabelecem os arts. 1.375 do CC e 24, *caput*, do Estatuto.

Com efeito, tudo o que for incorporado ao solo pelo superficiário passa a pertencer, via de regra, ao fundeiro no momento em que a concessão se encerra e, com isso, reativa-se a regra *superficies solo cedit*, sem que haja qualquer direito a contraprestação e/ou indenização.¹⁰⁷

As partes podem, no entanto, convencionar em sentido contrário, assim garantindo ao superficiário uma compensação pelas construções e/ou plantações

104. *Idem*, p. 1215-1216.

105. A mesma coisa acontece no direito português: “Não se estabelecem aqui nenhuma regra especial para o problema do montante da indemnização a conceder a cada um dos interessados. Tudo depende da avaliação que for feita dos dois direitos” (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 613, nota 2 ao art. 1.542.º).

106. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Ob. cit.*, p. 1216.

107. O art. 1.538.º do Código Civil português traz estipulação diametralmente inversa: “Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso [qual seja, o da extinção do direito de superfície constituído por tempo certo] direito a uma indemnização, calculada segundo as normas do enriquecimento sem causa”. O fundeiro tem, pois, que indenizar o superficiário daquilo que efetivamente receber (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 531).

realizadas no imóvel, que passam a ser exploradas, a partir da reversão, pelo fundeiro.

A lei não impede seja estipulada a tal inversão; ao contrário, prevê expressamente esta possibilidade. Nestes casos, porém, cumpre aos contraentes estabelecer, minuciosamente, critérios de estipulação do *quantum* indenizatório, apontando, ainda, o momento, o local e a forma do pagamento devido pelo fundeiro, posto que a lei cala a esse respeito.

Nos casos em que ficar contratualmente estipulado o pagamento de indenização ao superficiário pelas acessões introduzidas no imóvel, tem este direito de retenção da superfície até que haja integral pagamento por parte do fundeiro.

5.4.6 Esta questão é minuciosamente tratada no 5.6 abaixo, para onde remetemos o leitor.

5.4.7 O superficiário pode instituir direitos reais de uso, gozo e garantia sobre a propriedade superficiária,¹⁰⁸ independentemente de autorização do fundeiro, nada obstante o Código seja omissivo a esse respeito.

A propósito, Ricardo Pereira Lira¹⁰⁹ critica o tratamento *singelo* dado ao tema pelos diplomas brasileiros, que, dentre outros tópicos, “não enfatizam a existência de uma propriedade superficiária, a sua hipotecabilidade e a possibilidade de constituição de outros direitos reais de gozo, relativamente à área objeto de concessão, e o destino desses direitos quando da extinção da superfície”, ao contrário do que fazia o anteprojeto de Orlando Gomes.¹¹⁰

Esta crítica, com a devida vênia, não procede. Em primeiro lugar, porque o anteprojeto referido tratava apenas da hipotecabilidade da propriedade superficiária e dos efeitos da extinção da concessão em face da tal garantia. Depois, porque, no âmbito do direito privado, podem as partes agir livremente no contexto de todas as situações jurídicas que não lhes sejam proibidas.¹¹¹

Nesse sentido, o silêncio legislativo, no particular, afigura-se irrelevante, na medida em que a lei prevê a autonomia e a relativa plenitude da propriedade superficiária, que constitui, outrossim, direito real passível de alienação. É o que basta.

Isso porque, tomada a ideia segundo a qual quem pode o mais pode o menos, se ao superficiário é lícito alienar onerosa e definitivamente a pro-

108. LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície...*, p. 544.

109. *Idem*, p. 555.

110. *Idem*, p. 551.

111. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. p. 92.

priedade que lhe cabe, com maior razão poderá aliená-la gratuita e temporariamente.

Portanto, o superficiário pode constituir direitos reais de gozo incidentes (exclusivamente) sobre a propriedade superficiária, desde que obedeça aos limites do contrato de concessão com relação à duração e às finalidades do desmembramento. Afinal, ninguém pode transferir mais do que tem.

Pelo mesmo motivo, tem-se que a propriedade superficiária pode ser dada em garantia real, na medida em que é passível de alienação,¹¹² obedecidos apenas os limites legais e os consensualmente estabelecidos (Estatuto da Cidade, art. 21, § 4.º).

Em qualquer destes casos, a extinção do direito de superfície importa na extinção dos direitos reais de gozo e de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro; a vigência e a eficácia destes está subordinada à existência e à eficácia daquele. É a idéia fundamental consagrada na velha máxima do direito romano: *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.¹¹³

Por outro lado, constituem deveres do superficiário: (8) pagar o cânon,¹¹⁴ se onerosa a transferência; (9) pagar os tributos incidentes sobre o imóvel; (10) dar ao imóvel a destinação acordada, obedecida a legislação aplicável; e (11) restituir o controle da superfície ao fundeiro, com o encerramento da avença.

5.4.8 Dispõe o art. 1.370 do CC que a concessão da superfície pode ser gratuita ou onerosa. Se onerosa, dispõe ainda o Código, as partes estipularão se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente. Semelhante disposição é trazida pelo § 2.º do art. 21 do Estatuto da Cidade, que deixa também às partes a responsabilidade pela estipulação das condições de pagamento do cânon.

Nessa esteira, na omissão do contrato, deve-se presumir gratuita a concessão,¹¹⁵ até porque descabida a realização de posterior arbitramento, em fun-

112. CC, art. 1.420. Nesse sentido, RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 863.

113. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 610. Apenas em hipóteses excepcionais de consolidação o direito real limitado permanece a despeito da extinção da superfície, como por exemplo no caso lembrado por Orlando Gomes em seu anteprojeto, a saber: "Se a hipoteca tiver por objeto o direito de superfície, não sobreviverá à sua extinção, a menos que o superficiário tenha adquirido a propriedade do solo, hipótese em que a este se estenderá". Vide, a propósito, art. 106 do CC vigente.

114. Ou *solarium* (remuneração periódica).

115. Igual opinião é sustentada por: LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície...*, p. 543. Em sentido contrário: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 5, p. 395.

ção da ausência de critérios objetivos para tanto. Além disso, a existência de concessão gratuita não se afigura inortodoxa, notadamente nos casos em que fica estabelecida a incorporação das acessões ao imóvel independentemente do pagamento de indenização.

Assim, a onerosidade deve ser expressamente prevista no ato constitutivo, cabendo às partes a livre estipulação da natureza, do valor e da periodicidade¹¹⁶ da remuneração, que pode consistir em pagamento parcelado ou periódico, ou mesmo em participação nos frutos (naturais ou civis) da coisa.

Pode ainda ser estipulada a contraprestação em quantia certa, paga de uma só vez, antecipadamente ou não.¹¹⁷

A liberdade das partes, bem se vê, é plena quanto a este particular, vedada apenas a estipulação de *laudêmio* (cf. CC, art. 1.372, parágrafo único).

Desde que estabelecida a onerosidade da concessão, o pagamento da contraprestação pelo superficiário – no prazo, local e na forma ajustados – faz-se obrigatório, sendo certo que, diante de eventual inadimplemento, é viável a resolução por descumprimento do contrato, sem prejuízo da competente ação executiva (cf. CPC, art. 585, IV).

5.4.9 Dispõe o art. 1.371 do CC no sentido de que “o superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel”.

Eis que, no regime geral estabelecido pelo Código Civil, cabe ordinariamente ao superficiário a responsabilidade pelo pagamento de todos os tributos e encargos incidentes sobre o imóvel, assim entendidos o solo e a superfície,¹¹⁸ seja gratuita ou onerosa a concessão,¹¹⁹ independentemente de previsão contratual.¹²⁰

116. No direito português, há menos liberdade para as partes, que apenas podem estipular pagamentos em dinheiro, em uma única prestação ou em parcelas de periodicidade anual – jamais mensal –, a serem pagas perpétua ou temporariamente (cf. CC, art. 1.530.º).

117. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4, p. 244.

118. NERY JUNIOR, Nelson. *Novo Código Civil...*, São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 481. Em sentido contrário: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 395.

119. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 411.

120. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo (coord.) São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1211.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

A legislação civil pressupõe que a constituição da superfície e, portanto, a utilização da propriedade superficiária pelo superficiário inviabiliza por completo o exercício de posse direta por parte do concedente, pelo que cabe àquele, e não a este, a obrigação de pagar os tributos relativos ao imóvel.

Com razão, quanto a este particular, o Código Civil, na medida em que a constituição de superfície, via de regra, esvazia o domínio do solo, nesse sentido comparável à nua-propriedade do usufruto.

E, nas hipóteses em que isso não acontece, em função de excepcionais estipulações contratuais, nada obsta acordem as partes no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento dos impostos seja proporcionalmente entre elas dividida, ou mesmo transferida inteiramente para o fundeiro. Trata-se de determinação legal de imperiosidade relativa.

Diversa é a solução adotada, a propósito, pelo Estatuto da Cidade. Aparentemente, este diploma torna ainda mais abrangente a responsabilidade do superficiário pelo pagamento dos tributos. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa chega a afirmar que: “O Estatuto da Cidade vai mais além, pois além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3.º, acrescenta que o superficiário arcará, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo”.¹²¹

Com a devida *vênia*, a responsabilidade do superficiário, tal como prevista no citado artigo, é mais restrita do que a estabelecida pelo Código Civil, talvez inspirada pela forma de cobrança dos impostos prediais, que bipartem o valor do tributo, especificando qual parcela se refere ao solo e qual se refere às acessões.

No regime do Estatuto da Cidade, o superficiário responde pelos tributos e encargos incidentes sobre a propriedade superficiária e, proporcionalmente, sobre a parcela do solo efetivamente ocupada pela acessão, ficando o restante a cargo do fundeiro, salvo disposição contratual em sentido diverso.¹²²

Acreditamos que esta fórmula, desnecessariamente confusa, deveria ser substituída pela solução adotada no Código Civil; as situações excepcionais é

121. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 395 (sic).

122. “O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo” (Estatuto da Cidade, art. 21, § 3.º).

que passariam a ser resolvidas consensualmente, em sede contratual,¹²³ notadamente nos casos de sobrelevação.

5.4.10 O art. 1.374 do CC dispõe que “resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida”. Há disposição semelhante no § 1.º do art. 24 do Estatuto da Cidade. Com efeito, deve o superficiário usar o imóvel da forma e para os fins estabelecidos no contrato de constituição, sob pena de resolução culposa.

Com o registro do ato constitutivo da superfície, as estipulações e limitações convencionais assumem feição de obrigações *propter rem*, que devem ser obedecidas pelo superficiário e, igualmente, por seus sucessores.

Além disso, deve o superficiário obedecer, também, às limitações ordinárias incidentes sobre os direitos de construir –¹²⁴ normas de construção, zoneamento e vizinhança, dentre outras – e de plantar – normas ambientais e regulamentos agrícolas, dentre outras –, conforme a natureza da concessão. Estas limitações legais, em função de sua própria natureza, submetem, inexoravelmente, a atuação do superficiário.

5.4.11 A legislação brasileira veda a concessão perpétua da superfície, de modo que cumpre sempre ao superficiário a obrigação de devolvê-la para o fundeiro: terminado o prazo da concessão; mediante notificação oportuna, nas hipóteses de concessão por prazo indeterminado;¹²⁵ ou diante de qualquer outro caso de extinção do contrato.

Ao superficiário, pois então, é inerente a obrigação de restituir a propriedade superficiária ao fundeiro, sendo certo que o descumprimento de tal obrigação faculta a este último a adoção das medidas judiciais cabíveis, de caráter possessório ou mesmo petitório.

Contudo, nos casos em que ficar contratualmente estipulado o pagamento de indenização ao superficiário pelas acessões introduzidas no imóvel, tem

123. Cumpre destacar que o PL 6.960/2002 ia na direção oposta, no sentido de compatibilizar o texto atual do art. 1.371 “com o art. 21, § 3.º, da Lei 10.257/2001, atual Estatuto da Cidade, que, ao dispor sobre as obrigações do superficiário, apresenta-se mais completo” (FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 214). Com a devida vênia, a solução do Código Civil é que deveria ser importada pelo Estatuto da Cidade, resguardada às partes a possibilidade de disporem de maneira diversa.

124. Estatuto da Cidade, art. 21, § 1.º, *in fine*.

125. Não se pode confundir, por óbvio, a concessão por prazo indeterminado, facultada pelo art. 21 do Estatuto da Cidade, com a perpétua, autorizada, e.g., pelo direito português.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

este o direito de retenção da superfície até que haja integral pagamento por parte do fundeiro, desde que permaneça a sua posse com caráter de boa-fé.¹²⁶

5.5 *Direitos e deveres do fundeiro*

Os direitos e deveres do fundeiro são os logicamente resultantes dos acima enumerados e a eles correspondentes.¹²⁷

5.6 *Transmissão do direito de superfície*

O direito de superfície não importa intransmissibilidade, seja em relação ao domínio do solo, seja mesmo em relação ao direito de utilização da superfície.

Assim, pode haver transmissão tanto por parte do fundeiro quanto do superficiário; transmissão essa que se pode normalmente dar por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

Na hipótese de transmissão *mortis causa*, devem ser obedecidas as regras legais da sucessão hereditária e/ou testamentária, havendo apenas extinção do direito real limitado na hipótese de falecer o superficiário sem deixar herdeiros capazes de suceder. O contrato de instituição não pode, de forma alguma, impedir a sucessão *mortis causa*.¹²⁸

A possibilidade de alienação por ato *inter vivos* é vislumbrada, também, pela lei e, de igual forma, não pode ser obstada por via de disposição contratual, apesar de ser o Código Civil omissivo a esse respeito.

O § 4.º do art. 21 do Estatuto da Cidade, é bem verdade, dispõe que “o direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo”.

Não nos parece, entretanto, que a ressalva final do dispositivo conceda às partes o direito de, no ato de instituição, tornar inalienável a concessão, ou mesmo o domínio do solo. O que faz o Estatuto, apenas, é repisar aquela conhecida máxima, segundo a qual não se pode alienar mais do que se tem.

É que a inalienabilidade consensual não se coaduna com a natureza e, principalmente, com as finalidades do instituto, que não consubstancia, outrossim, negócio *intuitu personae*.

126. CC, art. 1.219. Nesse sentido: “(...) o superficiário terá direito à retenção por benfeitorias e acessões até a satisfação da indenização, salvo se se tratar de hipótese de descumprimento contratual” (Caramuru Afonso Francisco apud VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 394).

127. LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície...*, p. 544.

128. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 393.

Além disso, tem-se que a lei civil, ao tornar defesa a cobrança de laudêmio,¹²⁹ parece rechaçar a possibilidade de imposição de quaisquer óbices à livre circulação do bem; melhor dizendo, à livre transmissibilidade da potencialidade produtiva do imóvel.

Essa proibição vigora, também, com relação aos contratos estabelecidos sob o regime (urbano) do Estatuto da Cidade, posto que o Código Civil, como visto, aplica-se supletivamente à lei especial.

Enfim, o ordenamento brasileiro consagra a plena transmissibilidade do direito de superfície.¹³⁰

5.6.1 *Direito de preferência*¹³¹

Como é cediço, a lei civil admite o desmembramento do direito de propriedade, mas não o ambiciona, por ser causa corriqueira de litígios.

Por conta disso, e em função da natureza jurídica do direito de superfície, a lei estabelece, em favor tanto do superficiário quanto do fundeiro, direito de preferência¹³² nos casos de alienação onerosa do domínio do solo ou da superfície,¹³³ respectivamente, desde que realizada por ato *inter vivos*.

129. CC, art. 1.372, parágrafo único.

130. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 865.

131. Na lição de Caio Mario, “em se tratando de direito patrimonial de caráter privado, a preferência na aquisição pode ser objeto de transação ou renúncia, sendo lícito consignar esta última no instrumento de constituição” (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4, p. 246).

Data venia, o objetivo principal da lei não parece ser o de resguardar os contraentes; antes, “o fundamento desse direito preferencial repousa na utilidade social de extinguir ônus que incida sobre o domínio, bem como na equidade, que manda atribuir a totalidade do direito a quem já for titular de parte” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 262). Por essa razão, parece-nos que o art. 1.373 do CC é inderrogável pela vontade das partes, menos ainda antecipadamente.

132. CC, art. 1.373; Estatuto da Cidade, art. 22. Autores há que adotam, com correção, a denominação *direito de preempção*, que será aqui preterida a fim de que não se estabeleça confusão em relação ao direito de preempção do município, instituído pelo Estatuto da Cidade.

133. No ordenamento português, apenas o fundeiro tem direito de preferência (CC, art. 1.535.º). A respeito, Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 603) justificam: a lei não “concede ao superficiário qualquer direito de preferência, visto o domínio do solo não constituir, em

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

No entanto, não são todos os atos de alienação *inter vivos* que ensejam a aplicação do direito de preferência, mas apenas os que permitem o exercício do direito de prelação, “tanto por tanto”.¹³⁴

Assim, as doações, as permutas que envolvem bens infungíveis e os empréstimos *intuitu personae*, dentre outros, ficam de fora. De igual forma, não há que se falar em preferência nos casos de transmissão *mortis causa*.

A lei é omissa com relação à forma pela qual a proposta de alienação deve ser apresentada ao interessado, aplicando-se, em virtude disso, o princípio da forma livre, disposto no art. 107 do CC. Vale, portanto, qualquer forma de comunicação, desde que seja adequada para transmitir a proposta de forma clara, completa e inequívoca, inclusive no que se refere às condições de pagamento, prazos, vantagens oferecidas etc.¹³⁵

Certamente, o descumprimento dessa obrigação legal, de conceder ao (presumido) interessado o direito de preferência, gera consequências no plano jurídico. Cumpre analisar, então, quais são essas consequências e de que forma elas se efetivam.¹³⁶

bom rigor, uma restrição ao direito de superfície” (contra, em termos: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 533).

Nessa esteira, Caio Mário da Silva Pereira discorre: “O direito de preferência assegurado ao proprietário do solo, em caso de alienação da superfície, compreende-se, pois é razoável que deseje ele exonerar a sua propriedade, liberando o bem de uma situação jurídica que o onera. O que não encontra justificativa é a preferência dada ao superficiário, em caso de alienação do imóvel. A uma, porque cria uma restrição ao direito de propriedade, impondo-lhe notória depreciação. A duas, porque se inverte a situação, instruindo um poder maior ao que, por natureza, é acessório. E a três, porque o imóvel pode ter maior extensão do que a área ou parte que é objeto da superfície, criando-se um impasse (...)” (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4, p. 245).

A lei brasileira, todavia, é expressa no sentido de oferecer também ao superficiário direito de preferência, de modo que as críticas do autor restam ultrapassadas, até porque, *data maxima venia*, não mereceriam acolhida (a hipótese assemelha-se àquela instituída em favor do locatário).

134. CC, art. 513.

135. Cabe, aqui, a aplicação analógica do art. 27 da Lei 8.245/1991.

136. Já que a lei não o faz. A respeito disso, prosseguem as críticas de Ricardo Pereira Lira (*ob. cit.*, p. 555), a saber: as *singelas* leis brasileiras “não explicitam as regras para o exercício do direito de preferência, seja pelo dono do solo, no caso de alienação da superfície, seja pelo superficiário, no caso de alienação do solo, nem explicitam as consequências da não afronta do titular para o eventual exercício da prelação: perdas e danos ou nulidade do negócio jurídico praticado sem a abertura da oportunidade da prática de preferência”.

De acordo com Silvio Venosa, nos casos em que não for devidamente concedido o direito de preferência, cabe ao adquirente preterido ação indenizatória contra o alienante, nos termos do que dispõe o art. 518 do CC. O indevido adquirente, por sua vez, apenas responde se tiver agido de má-fé, e o faz, nesse caso, em caráter solidário.¹³⁷

Não haveria, então, desfazimento, tampouco anulação do negócio, mas apenas responsabilização civil dos inadimplentes. Para o citado autor, não existiria a possibilidade de o preterido na preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza a lei do inquilinato.¹³⁸

Semelhante opinião parece ser sustentada por Maria Helena Diniz, ao apontar que, no passado, os Tribunais estabeleciam distinção entre a preempção convencional e a legal, algo que não mais estaria acontecendo.¹³⁹ “A jurisprudência tem dado à retrocessão outro sentido, nela vislumbrando apenas um direito pessoal do ex-proprietário às perdas e danos e não a um direito de reaver o bem (...)”.¹⁴⁰

Todavia, uma análise sistemática do ordenamento impõe, com a devida vênia, conclusão absolutamente diversa, em virtude do caráter real que se atribui ao direito de preferência, desde que seja estabelecido por lei. Explicamos.

O art. 33 da Lei 8.245/1991 dispõe que: “O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel”.

Logo em seguida, reza o art. 34 da mesma lei: “Havendo condomínio no imóvel, a preferência do condômino terá prioridade sobre a do locatário”.

Ora, se o condômino prefere o locatário, não se pode conceber que este tenha direito com eficácia real e aquele, não. O condômino, que é atendido preferencialmente em relação ao locatário, não pode ter menos prerrogativas do que ele.

Bem por isso, deve-se considerar que a preempção legal prevista atualmente no art. 1.322 do CC tem eficácia real, até porque o art. 1.119 do CPC concede

137. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 396.

138. *Idem*, *ibidem*.

139. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 196.

140. *Idem*, *ibidem*.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

ao condômino preterido o direito de requerer “o depósito do preço e adjudicação da coisa”.

Idêntico direito assiste, como já visto, ao locatário que, nada obstante seja detentor de mero direito pessoal, exerce a preempção estabelecida na Lei do Inquilinato – desde que presentes os requisitos legais –, em caráter *erga omnes*.

Também a retrocessão – vale dizer, o direito de preferência do expropriado em relação ao imóvel que, embora desapropriado, não tenha sido afetado pelo Poder Público – tem caráter real,¹⁴¹ consagrado pela doutrina e agora revigorado pelo art. 519 do CC vigente.¹⁴²

Se todas essas hipóteses de preferência legal são dotadas de eficácia real, porque o direito de preferência do superficiário não haveria de ser? A mesma coisa com relação ao direito do dono do solo, até porque a superfície, ao ser instituída, torna público o desmembramento da propriedade originária por meio do registro imobiliário e, conseqüentemente, impõe a todos estrita observância da limitação estabelecida pela lei.

Ademais, tem-se que a lei processual brasileira tem caminhado incessantemente no sentido de garantir ao lesado a implementação da prestação *in natura*, ao invés de submeter a parte, que já foi prejudicada pelo descumprimento, a um longo processo de conversão da obrigação inadimplida em perdas e danos.¹⁴³

Dessa forma, não há razão, material ou mesmo processual, para negar a eficácia real do direito de preferência estabelecido em favor dos partícipes da relação de superfície, sendo oportuno reiterar que, em virtude do indispensável registro imobiliário do desmembramento, o adquirente jamais poderá ser tido como terceiro de boa-fé.¹⁴⁴

141. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 119.

142. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 197. Em sentido contrário: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. Saraiva, 2003. vol. 6, p. 188-189.

143. Sobre a execução indireta das obrigações de fazer, não fazer e de dar, vide WAMBIER, Luiz Rodrigues; e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT. p. 115-116.

144. No direito português, o dispositivo que estabelece o direito de preferência em favor do dono do solo (e apenas dele) faz expressa remissão aos arts. 416.º, 418.º e 1.410.º, que tratam de outras hipóteses de preferência legal, todas elas dotadas de eficácia real, desde que providenciado o registro público da relação que origina a preferência (vide também art. 421.º).

Por fim, cumpre tratar brevemente da graduação do direito de preferência atribuído tanto ao fundeiro quanto ao superficiário, em relação aos demais estabelecidos pela lei.

Isso porque o Código Civil e o Estatuto da Cidade afiguram-se omissos com relação à graduação que se deve impor às diferentes preferências legais, suscetíveis que são de concorrerem entre si.

A Lei de Locações, a propósito, estabelece um critério válido e adequado, que pode servir de base para a presente investigação hermenêutica: dispõe o seu art. 34 que o condômino prefere o locatário.

De fato, o condômino ocupa o primeiro lugar entre os preferentes legais, tal como ocorre, *e.g.*, no direito português (Código Civil português, art. 1.409.º). Somente depois vem a preferência do locatário, já que o estabelecimento de tal graduação não adota apenas critérios econômicos, mas leva antes em consideração a natureza jurídica do direito cabente a cada um dos (presumidos) interessados.

Ora, o condomínio é, provavelmente, a figura mais controversa do direito civil clássico, até porque, como bem ressalta Washington de Barros Monteiro, valendo-se para tanto do escólio de Pothier, “próprio e comum são conceitos que se contradizem”.¹⁴⁵

O condomínio, nessa esteira, é “sementeira de discórdias; *communio est mater discordiarum*”,¹⁴⁶ completa o autor. Assim, fácil concluir que a extinção dos condomínios existentes constitui prioridade em termos de legislação civil. As ações de divisão e de alienação judicial de coisa comum são imprescritíveis, aliás.

Daí o porquê da prevalência do condômino sobre o locatário e, também, sobre o superficiário ou sobre o fundeiro,¹⁴⁷ conforme o caso, já que, nestas hipóteses, há desmembramento da posse, com indicação clara dos direitos e atribuições cabentes a cada partícipe da relação, e não uma comunhão até certo ponto igualitária, que enseja, bem por isso, disputas de difícil solução.

Mas, e com relação ao locatário? A lei portuguesa dispõe no sentido de que “o proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar (...)”.¹⁴⁸ Seria possível transpor essa regra, simplesmente, para o direito brasileiro?

145. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 195.

146. *Idem*, p. 203.

147. No caso de haver dois ou mais fundeiros ou dois ou mais superficiários.

148. CC, art. 1535.º.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Acreditamos que não.

Afinal, os objetivos da lei brasileira ultrapassam, e muito, os da lei portuguesa, que se restringe a evitar o advento de restrição ao exercício de superfície previamente constituída – tanto que não concede preferência ao superficiário, mas apenas ao dono do solo.

A lei brasileira, de outro lado, optou efetivamente por facilitar a extinção de toda e qualquer comunhão porventura existente, tanto que estendeu a faculdade da preempção ao superficiário, da mesma forma que faz em relação ao locatário.

Nesse sentido, não há como sustentar a prevalência do locatário – que ocupa a coisa a título pessoal – sobre o partícipe da relação de superfície, detentor de direito real, até porque a locação sobreviveria à consolidação, desde que presentes os requisitos legais para tanto.¹⁴⁹

Seria o locatário a ocupar, então, o último lugar na ordem de preferência legal.

5.7 Cessão de terrenos públicos

O art. 1.377 do CC estatui que o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno¹⁵⁰ é regido pelas normas do próprio Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

Da análise de tal dispositivo pode-se primeiramente depreender que os entes públicos, na qualidade de proprietários imobiliários, podem, sim, instituir superfície em favor de particulares, nos moldes estabelecidos pelo Código Civil.

Até esse artigo, a lei nada diz a respeito das pessoas jurídicas de direito público, a despeito da remissão genérica feita ao *proprietário*, no art. 1.369. O Estatuto da Cidade também não é explícito ao tratar da questão.

Todavia, o direito de superfície, em razão de suas especiais características e, principalmente, das finalidades sociais que se busca com ele implementar, coaduna-se perfeitamente com a idéia de cessão (onerosa ou gratuita) de terrenos públicos a particulares.

Bem por isso, deve-se aplaudir a iniciativa do Código Civil que, no entanto, tem papel extremamente limitado no que se refere à efetiva operacionalização desta possibilidade que deixa em aberto.

149. Lei 8.245/1991, art. 8.º, *caput*.

150. CC, art. 41.

É que o Código Civil, como diploma de direito privado que é, revela-se inadequado para estabelecer normas de utilização de terrenos e prédios públicos, que se submetem a todo um conjunto de regras específicas. Dessa forma, o Código Civil assume papel subsidiário,¹⁵¹ complementar em relação à legislação especial que trata – ou que venha eventualmente a tratar – do tema.

Maria Helena Diniz, nessa esteira, sustenta que “além das normas do Código Civil, aplicam-se à pessoa jurídica de direito público interno em sede de concessão de terras públicas e respectivo direito de uso as Leis 4.504/1964, 4.947/1966, 8.629/1993, 9.636/1998; e Dec.-lei 271/1961”,¹⁵² que estabelecem condições e impõem limitações peculiares, que chegam a desvirtuar o direito de superfície como espécie normativa pura.¹⁵³

Além dessas, outras disposições (não tão) específicas hão de ser, também, observadas: a alienação de bens públicos só se pode dar em virtude de lei (CC, arts. 100 e 101); a atuação da administração pública deve sempre se pautar pelo princípio da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*, e XXI); a instituição de superfície deve intentar a implementação da política urbana (CF, arts. 182 e 183) ou agrária (CF, art. 184 e ss.) estabelecida pela Constituição Federal, obedecidas as diretrizes legalmente instituídas para tanto (*e.g.*, Lei 10.257/2001) etc.

Nessa esteira, não seria despicienda a criação, através de lei posterior e especial, de um direito de superfície perpétuo, já que a tutela do Código Civil, por si só, mostrar-se-ia ineficaz no que se refere a eventuais programas públicos de desenvolvimento social, que necessariamente teriam que estabelecer para a superfície um prazo.¹⁵⁴

Afinal, é perfeitamente possível conceber, no campo, uma cessão temporária eficaz e lucrativa, em função da dinâmica própria da produção agrícola, algo que não ocorre se imaginado for, por exemplo, um programa urbano para a construção de moradias populares.

151. Vide, a respeito, o comentário de Pires de Lima e Antunes Varela sobre o art. 1.527.º do Código Civil português (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 594).

152. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 410.

153. Vide, a respeito, Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 594). Vide, também, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.*, p. 184-185.

154. CC, art. 1.369; Estatuto da Cidade, art. 21.

5.8 Extinção do direito de superfície

Carlos da Costa Leite, como visto em título antecedente, aponta a enumeração de causas de extinção do direito real de superfície como sendo uma das diferenças relevantes entre a tutela dada ao tema pelo Código Civil e aquela dada pelo Estatuto da Cidade.

Todavia, não há como se vislumbrar entre os dois textos qualquer diferença em relação a essa questão, até porque a enumeração feita pelo art. 23 do Estatuto é meramente exemplificativa, não havendo, quanto a isso, qualquer divergência doutrinária.

Com efeito, o direito de superfície pode se extinguir: (1) pelo decurso do prazo determinado; (2) pela rescisão unilateral do contrato, na hipótese do prazo ser indeterminado; (3) pelo distrato; (4) pela resolução do contrato; (5) pela renúncia; (6) pela consolidação; (7) pela desapropriação; (8) pelo perecimento do objeto; (9) pela prescrição; e (10) pelo falecimento do superficiário que não deixar herdeiros.¹⁵⁵

Passamos a analisar cada hipótese.

5.8.1 Extingue-se o direito de superfície pelo decurso do prazo determinado (CC, art. 1.369; Estatuto da Cidade, art. 23, I). Nem poderia ser diferente, afinal, a concessão há de ser regida, sempre, pelas cláusulas contratuais, ainda que se trate a superfície de direito real.

Questão interessante é formulada, a esse respeito, por Silvio Venosa (op. cit., p. 396). Contratada a superfície por prazo determinado, o instituto prorrogar-se-ia por prazo indeterminado na omissão das partes, de modo que não haveria, então, extinção?

155. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 411; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 396-397; Marise Pessoa Cavalcanti apud MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19.

O abandono, *data venia*, não é causa, por si só, de extinção do direito de superfície. Afinal, trata-se o abandono de ato material, que com a renúncia não se confunde. O abandono, outrossim, apenas surte efeitos após o lapso temporal previsto na lei (durante o qual o possuidor pode se retratar, inclusive), ao que se soma o fato de que o imóvel abandonado pelo superficiário não se torna vago, em função da posse indireta que cabe ao fundeio (vide CC, arts. 1.275, III, e 1.276). A mesma coisa acontece com o imóvel *abandonado* pelo fundeio.

O proprietário, no entanto, pode intentar, nesses casos, ação judicial fundada no descumprimento contratual por parte do superficiário, configurado pelo não uso do bem e/ou pelo não pagamento do cânon e dos tributos sobre ele incidentes.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Para o citado autor, ocorreria prorrogação automática caso as partes não se manifestassem no final e se, também, a situação da superfície se mantivesse inalterada.¹⁵⁶

Com a devida vênia, a oposição do fundeiro não afiguraria necessária numa hipótese como a vislumbrada, merecendo aplicação a conhecida máxima *dies interpellat pro homine*.

Com efeito, o advento do termo não dependeria de *ratificação* pelo fundeiro, até porque, no regime do Código Civil, não se admite a existência de superfície com prazo indeterminado.

Ademais, não há como equiparar o direito real de superfície à locação imobiliária urbana, em função da qual consideram-se automaticamente prorrogados os contratos em função de expressa determinação legal, algo que não ocorre, por exemplo, na hipótese de comodato; tampouco na superfície, que depende, para sua instituição, de ato formal devidamente registrado.

Vencido, portanto, o prazo estabelecido, a permanência do superficiário no imóvel não importa em prorrogação do contrato; autoriza, sim, a adoção das medidas possessórias cabíveis.

5.8.2 No regime do Estatuto da Cidade, como visto, o direito de superfície pode ser instituído por prazo indeterminado. Bem por isso, a vontade de uma só das partes consubstancia causa bastante para a extinção da superfície, operando-se, neste caso, resilição unilateral mediante notificação com prazo razoável para desocupação (ou devolução) do imóvel.

É certo, porém, que o exercício do direito à denúncia vazia não se afigura ilimitado.

Na hipótese de ter o superficiário realizado investimentos consideráveis – desde que compatíveis com a natureza da superfície estabelecida –, a denúncia unilateral somente viria a produzir efeitos “depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 473 do CC vigente.

Além disso, essa forma de extinção poderia também ensejar a responsabilização do denunciante – seja ele o superficiário ou mesmo o fundeiro –, ao se verificar abuso no caso concreto.

5.8.3 As partes podem, de comum acordo, extinguir o direito de superfície por via de distrato, caso não haja mais interesse na manutenção da avença.

156. *Idem*, *ibidem*.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

5.8.4 O direito de superfície pode ser unilateralmente extinto por infração às cláusulas contratuais,¹⁵⁷ independentemente do advento do termo final. Isso porque a concessão há de ser regida, como já dito, pela dicção contratual.

Nesse sentido, o não pagamento do cânon, na modalidade onerosa, é causa bastante para a extinção. A mesma coisa com relação ao não pagamento dos tributos, caso tenha sido imposta essa obrigação ao superficiário, expressa ou tacitamente (CC, art. 1.371).

Interessante questão é suscitada, também a esse respeito, por Silvio Venosa.¹⁵⁸ Poderia o superficiário purgar a sua mora, para daí se esquivar de seus efeitos legais? O autor opina pela afirmativa, deixando em aberto, entretanto, uma discussão sobre até que momento poderia haver a purgação.

Essa possibilidade, de fato, existe, até em função do que dispõe o art. 401 do CC, que se aplica indistintamente a todas as obrigações pecuniárias.

Não há indicação expressa, contudo, a respeito do termo final para o exercício dessa benesse legal, sendo que não há, na doutrina, consenso capaz de resolver, definitivamente, essa questão.

Há quem defenda, como Mário Luiz Delgado Régis, que a purgação pode se dar a qualquer tempo, mesmo depois de instaurada a execução contra o devedor,¹⁵⁹ desde que a oferta inclua, nesse caso, o valor equivalente aos honorários advocatícios e às custas judiciais.

No outro extremo, há juristas como Orlando Gomes que defendem que a purgação deve ser admitida apenas até a propositura da ação respectiva, servindo a negligência do devedor como óbice intransponível à sua efetivação.

A posição conciliadora de Agostinho Alvim, no entanto, parece ser a mais correta: a possibilidade de purgação vai até o prazo para a contestação,¹⁶⁰ ou até a sua apresentação nos autos, poderíamos acrescentar.

157. Estatuto da Cidade, art. 23, II.

158. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5, p. 396.

159. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 358. Maria Helena Diniz também admite a purgação a qualquer tempo, desde que não haja limitação legal expressa. Clóvis Bevilacqua, no mesmo sentido, ensina que “ainda que esteja iniciada a ação contra o devedor pode este purgar a mora, isto é, pode ser recebido a prestar o que lhe cumpria e mais os prejuízos que a mora tiver causado. *Debitor moram purgare dicitur cum interpellatur aliquando dare noluit postca tamen debitum offert*, diz Calvino. É o que ensinam Windscheid e Mommsen” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Rio de Janeiro: Rio, 1979. t. I, p. 94).

160. Apud *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 2, p. 246.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Isso porque, a partir de então, restaria caracterizada a oposição do devedor; oposição essa que não se coaduna com o objetivo liberatório da purgação, que importa, sempre, em reconhecimento da dívida.

Ademais, uma análise sistemática do ordenamento evidencia que o legislador, quando deseja tolher o direito de purgação dentro da ação judicial, o faz de maneira expressa (Dec.-lei 911/1969, art. 3.º, § 1.º; CPC, art. 1.071, § 2.º).¹⁶¹

A lei civil fala, ainda, em extinção na hipótese do superficiário dar ao imóvel “destinação diversa daquela para que foi concedida”, sendo certo que o Estatuto da Cidade traz disposição semelhante.¹⁶²

Não são essas, porém, as únicas hipóteses de denúncia motivada. A superfície se extingue, por exemplo, no caso do superficiário permitir, por culpa própria, a deterioração do imóvel, além de incontáveis outros.¹⁶³

Enfim, o descumprimento do contrato, seja ele qual for, pode ensejar a extinção do direito de superfície, sem prejuízo da eventual ação indenizatória e/ou de cobrança que poderá caber ao contraente inocente.

É evidente que o descumprimento contratual deverá ser demonstrado em Juízo para que ocorra a extinção por culpa do superficiário,¹⁶⁴ até porque o fundeiro necessitará um título passível de registro para sacramentar a extinção (LRP, art. 167, II, 20).

5.8.5 A superfície, como direito real limitado que é, pode se extinguir, também, pela renúncia do superficiário, nos termos do que dispõe o art. 1.275, II, do CC, devendo o ato renunciativo ser devidamente registrado no cartório imobiliário competente.

Trata-se de ato unilateral que não depende de aceitação por parte do fundeiro, mas que pode ensejar a responsabilização civil do renunciante, em determinados casos concretos.

5.8.6 Opera-se a consolidação pela fusão dos direitos do proprietário do solo e do superficiário numa mesma pessoa, hipótese em que se extingue o desmembramento e, portanto, a figura do direito real limitado.

161. Idem, *ibidem*.

162. CC, art. 1.374; Estatuto da Cidade, art. 24, § 1.º. Haveria, então, inadimplemento, e não mora.

163. Há, também, a possibilidade do descumprimento contratual partir do fundeiro. Nesses casos, o problema se resolveria, no mais das vezes, no campo da responsabilidade civil, e não com a extinção da superfície.

164. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 71.

A consolidação pode decorrer de ato voluntário das partes, do exercício do direito de preferência previsto em lei para os casos de alienação *inter vivos*, tanto em relação ao fundeiro quanto em relação ao superficiário, ou pode ainda decorrer de sucessão hereditária ou testamentária.

5.8.7 A desapropriação extingue o direito de propriedade do particular (CC, art. 1.275, V) e, com ele, todos os direitos reais limitados incidentes sobre ela, a propriedade.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundado em um interesse público”.¹⁶⁵

Vale dizer, a desapropriação transforma compulsoriamente a propriedade privada em pública, em função de ato unilateral não receptício da administração, cabendo aos particulares apenas o direito a justa indenização pecuniária.

Ao prever essa situação, dispõe a lei no sentido de que a indenização caberá ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.¹⁶⁶

A propósito, Silvio Venosa afirma que, “se as obras e benfeitorias pertencerem integralmente ao superficiário, a ele caberá seu respectivo valor” (op. cit., p. 397), sendo aqui de se acrescentar que a repartição será percentual caso assim tenha sido contratualmente estabelecida a divisão (CC, art. 1.375).

Deve-se acrescentar, por fim, que a concessão de uso, ainda quando dissociada do direito de indenização pelas acessões e benfeitorias realizadas, é passível de valoração econômica, pelo que deverá, também, ser indenizada, tal como ocorre, por exemplo, nos casos de desapropriação de imóvel objeto de usufruto.

5.8.8 Extingue-se o direito de superfície pelo perecimento do objeto, hipótese em que poderá haver responsabilização civil caso o sinistro tenha se dado por culpa de uma das partes.

5.8.9 Perdida a propriedade pela usucapião, em qualquer de suas modalidades, extinto estará o direito de superfície sobre ela incidente, até pelo fato de tratar-se a usucapião de título aquisitivo originário, que não se submete às limitações convencionais eventualmente instituídas pelo proprietário do bem.

5.8.10 Falecendo o superficiário sem deixar herdeiros, ou renunciando todos eles à herança, haverá extinção do direito de superfície, na lição de Maria Helena

165. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 533.

166. CC, art. 1.376.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Diniz,¹⁶⁷ cabendo ao fundeiro a ação de imissão de posse, cuja sentença servirá de título, salvo melhor juízo, para transcrição no registro público respectivo.

Falecendo o fundeiro sem deixar herdeiros, ou renunciando todos eles à herança, haverá declaração de vacância,¹⁶⁸ prosseguindo normalmente a superfície até o seu termo final.

6. CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, apresentamos breve síntese de nossas conclusões:

1) O Brasil sofre com a má distribuição da propriedade imobiliária, tanto na zona urbana quanto na rural. Sofre, também, com sua exploração insatisfatória.

2) Diante da ausência de um plano nacional de reforma agrária e também do descaso das prefeituras com a questão do crescimento desenfreado dos centros metropolitanos, coube à legislação civil a tarefa de criar alternativas para fomentar o desenvolvimento social, através do melhor aproveitamento da propriedade imobiliária.

3) O direito de superfície foi introduzido no ordenamento brasileiro para ampliar as perspectivas de adequada exploração da propriedade imobiliária, ao possibilitar, ao menos em teoria, a associação direta do proprietário com o explorador (construtor ou agricultor).

4) O direito de superfície foi criado em Roma, durante o Império de Justiniano, como forma de proteger determinadas acessões artificiais separadamente em relação ao solo.

5) Durante a idade média, o direito de superfície sobreviveu com feições bem diversas do instituto romano, notadamente nas propriedades feudais, dentro das quais os *jura in re aliena* serviam para mascarar os abusos cometidos pelos senhores.

6) Com o início da idade moderna, o direito de superfície não teve, de pronto, boa acolhida. O *Code* francês dele não tratou, por considerá-lo como forma de manutenção da propriedade feudal.

7) Atualmente, o direito de superfície é previsto expressamente pela legislação dos seguintes países: Alemanha, Itália, Bélgica, Suíça, Portugal, Japão, Holanda, Áustria e Brasil, dentre outros, de menor expressão.

167. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 411.

168. CC, arts. 1.819 a 1.823.

SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78. ano 38. p. 171-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

8) O direito de superfície apenas recentemente foi introduzido no ordenamento brasileiro, com a edição do Estatuto da Cidade, em 10.07.2001. Pouco tempo depois, entrou em vigor a Lei federal 10.406/2002, o novo Código Civil, que dele também tratou.

9) O Estatuto da Cidade não foi derogado pelo Código Civil. Não há incompatibilidade entre as disposições daquele e as deste. As pequenas diferenças de tratamento presentes nos dois diplomas, longe de impossibilitarem a aplicação plena de um deles, podem ser acomodadas através da aplicação do critério da especialidade, previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

10) O direito de superfície é o direito real autônomo de construir ou plantar em solo alheio, e exercer a propriedade resolúvel das construções e/ou plantação nele feitas.

11) Cabe ao dono do solo uma propriedade limitada, porquanto desprovida de substância, e a expectativa de adquirir, eventualmente, a propriedade superficiária.

12) O direito de superfície recai necessariamente sobre um bem imóvel; em geral, sobre um terreno vazio e inculto.

13) No regime do Código Civil, apenas a superfície propriamente dita pode ser concedida ao superficiário. A utilização do subsolo será sempre acessória, quando for inerente à obra e/ou cultura realizada na superfície.

14) O Estatuto da Cidade, nos limites de sua aplicabilidade, permite que a concessão tenha por objeto o terreno, o espaço aéreo e o subsolo, conjunta ou separadamente.

15) *Construções* devem ser entendidas, para fins de constituição e exercício de direito de superfície, como acréscimos de monta, que se justaponham ao que já existia; que possam ser economicamente explorados *per se*, separada e independentemente do terreno ou da construção já existente. Já a noção de *plantações* abarca as árvores, as culturas permanentes e também as anuais.

16) No Brasil, o direito de sobrelevação não é expressamente tratado pela legislação vigente. O Código Civil fala no *direito de construir ou de plantar em terreno*. O Estatuto da Cidade, por sua vez, prescreve que “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno”.

17) Apesar disso, sustentamos que o direito de superfície pode ser constituído sobre imóvel já ocupado, total ou parcialmente, por edificação ou por plantação, tal como ocorre no direito português. A sobrelevação não é vedada pelo ordenamento, e serve de igual forma para implementar as finalidades econômicas e sociais do instituto.

18) O direito de superfície se considera validamente constituído, como direito real limitado, com a regular inscrição do título constitutivo no cartório

imobiliário competente. Antes disso, o direito de superfície não existe como direito real, obrigando apenas os contraentes.

19) O direito de superfície não pode ser constituído por via de testamento; apenas de escritura pública. Nada impede, porém, que tal direito seja adquirido por usucapião.

20) São direitos do superficiário, com relação especificamente ao objeto da superfície, os seguintes: explorar a superfície do imóvel; manejar ações possessórias e petições; transferir o direito de exploração da superfície, independentemente do pagamento de laudêmio; receber indenização proporcional na hipótese de desapropriação do imóvel; receber indenização pelas benfeitorias e acessões, quando da extinção da superfície; exercer direito de preferência, na hipótese de alienação do domínio; e instituir direitos reais de gozo e garantia sobre o bem superficiário.

21) Constituem deveres do superficiário: pagar o cânon, se onerosa a transferência; pagar os tributos incidentes sobre o imóvel; dar ao imóvel a destinação acordada, obedecida a legislação aplicável; e restituir o controle da superfície ao fundeiro, com o encerramento da avença.

22) Os direitos e deveres do fundeiro são os logicamente resultantes dos acima enumerados e a eles correspondentes.

23) O direito de superfície não importa intransmissibilidade, seja em relação ao domínio do solo, seja em relação ao direito de utilização da superfície. Pode haver transmissão tanto por parte do fundeiro quanto do superficiário; transmissão essa que se pode dar por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

24) A inalienabilidade consensual não se coaduna com a natureza e as finalidades sociais do direito de superfície.

25) A lei estabelece, em favor tanto do superficiário quanto do fundeiro, direito de preferência nos casos de alienação onerosa do domínio do solo ou da superfície, respectivamente. Este direito de preferência tem eficácia real.

26) O direito de preferência cabente ao fundeiro e ao superficiário prefere o do locatário, mas é preferido pelo do condômino.

27) O direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno é regido pelas normas do Código Civil, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

28) O Código Civil, no entanto, como diploma de direito privado que é, revela-se inadequado para estabelecer normas de utilização de prédios públicos, que se submetem a todo um conjunto de regras específicas, pelo que assume papel meramente subsidiário em relação à legislação que trata – ou que venha a tratar – do tema.

29) O direito de superfície pode se extinguir: pelo decurso do prazo determinado; pela rescisão unilateral do contrato, na hipótese do prazo ser indeterminado; pelo distrato; pela resolução do contrato; pela renúncia; pela consolidação; pela desapropriação; pelo perecimento do objeto; pela prescrição; e pelo falecimento do superficiário que não deixar herdeiros.

30) O abandono não é causa possível de extinção do direito de superfície.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARONNI, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- ATTUX, Regina Cláudia Neves Jungmann. *Direito de superfície: aplicação no direito agrário brasileiro*. Dissertação. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Rio de Janeiro : Rio, 1979. t. I.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale. Brasília: UnB, 1999.
- CRETELLA, José Júnior. *Direito romano moderno*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DALLARI, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3.
- MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: Ed. LTr, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3.
- MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 1. ed. Campinas: Russell, 2003. t. I.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUES, Décio Luiz José. *Estatuto da Cidade anotado*. São Paulo: WVC, 2002.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 2.
- SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 5.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A incidência do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis nas operações imobiliárias de cessão de direito real de uso de superfície, de Mariana Lauria Bordin Camargo – *RTrib* 95/183; e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/1339 (DTR\2010\899);
- A subsistência do direito de superfície no Estatuto da Cidade, de Bruno Magalhães de Mattos – *RTRJ* 3/147 (DTR\2014\3219);
- Breves notas sobre o direito de superfície em Portugal, de Rodrigo Mazzei – *RDPriv* 58/257 (DTR\2014\5076); e
- Notas introdutórias sobre superfície e usucapião, de Roberto Paulino de Albuquerque Júnior – *RDI* 60/11 (DTR\2006\61).

O REGISTRO DE IMÓVEIS E A PREVENÇÃO DE FRAUDES IMOBILIÁRIAS NO BRASIL

THE REAL STATE REGISTRY SYSTEM AND PREVENTION OF REAL ESTATE FRAUDS IN BRAZIL

PATRICIA ANDRÉ DE CAMARGO FERRAZ

Registradora de Imóveis em Diadema.
patricia@registrodiadema.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Inicialmente, a autora apresenta as razões para a criação do Registro de Imóveis brasileiro, destacando suas atribuições e seus impactos positivos para a sociedade, bem como sua importância para a segurança jurídica nas operações imobiliárias. Apresenta, ainda, o Registro Imobiliário como uma importante ferramenta de prevenção de fraudes imobiliárias, uma vez que impede o registro de documentos falsos, fraudes por meio de ações judiciais e contra consumidores, além de prevenir a sobrecarga de imóveis e fraudes em face das instituições de crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Fraudes Imobiliárias – Segurança Jurídica – Publicidade.

ABSTRACT: The author presents the reasons for the creation of Brazilian real state registry system, highlighting its duties, its positive impacts on economy, and its importance to legal certainty on real state transactions. She also presents the registry of rights as an important tool for real state fraud prevention, since it avoids the false document registration, real state frauds through lawsuits, frauds against consumers, and the fraud against credit institutions based on overload on properties. The author concludes that the Brazilian Real State Registry system can serve as a parameter for countries lacking institutional improvements in their real estate right disclosure systems in order to improve their mechanisms of control by private entities and the Government and to promote fast and reliable real estate transactions.

KEYWORDS: Real State Registry System – Real State Fraud – Legal Security – Publicity.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Atribuições do Registro de Imóveis – III. A impositividade da função registral imobiliária – IV. O Registro de Imóveis brasileiro e a prevenção de fraudes imobiliárias: IV.1 Falsidade documental; IV.2 Fraudes por meio de ações judiciais; IV.3 Sobrecarrega de imóveis e fraudes em face de instituições de crédito; IV.4 Fraudes contra consumidores – V. Conclusão.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238. São Paulo: jan.-jun. 2015.

I. INTRODUÇÃO

O Registro de Imóveis brasileiro¹ foi criado por razões eminentemente econômicas e modelado para dar esteio ao mercado de crédito, a partir da publicidade dos ônus existentes sobre os imóveis, principais objetos de garantias para financiamentos em benefício da agricultura, tornando a terra a base do crédito.²

A pretensão do legislador brasileiro, em meados do século XIX, era criar um sistema que conferisse publicidade às garantias imobiliárias oferecidas aos financiamentos concedidos por entidades de crédito. O sistema de registro de hipotecas (nome inicial que recebeu tal sistema), se desenvolveu ao longo do tempo com este escopo e foi aperfeiçoado para receber também o direito de propriedade, os demais direitos reais relacionados a bens imóveis, à perfeita especificação do objeto imobiliário e às circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes ao imóvel e ao titular de direito a ele relacionados. E para dar publicidade a todo esse conteúdo e massa de dados.

Estes incrementos do sistema contribuíram sobremaneira para a minimização dos custos transacionais nas operações imobiliárias, na medida em que foram concentradas as informações relacionadas ao imóvel e o titular de direitos a ele relacionados em um mesmo ofício registral, cuja competência é vinculada a uma base territorial. Por isso, o interessado em obter qualquer informação relacionada a determinado imóvel deve buscá-la em um específico cartório de Registro de Imóveis.

1. O presente trabalho corresponde à palestra apresentada na “2015 World Bank Conference on Land and Poverty”, em 24.03.2015, em Washington D.C., E.U.A.
2. Em meados do século XIX, o mundo vivia a necessidade de fomento da atividade produtiva e buscou, implantando um sistema de centralização das hipotecas constituídas sobre os imóveis, fornecer ao mercado acesso à informação segura sobre os ônus existentes em cada um deles, com o que pessoas jurídicas poderiam, então, financiar com segurança o setor produtivo, notadamente a lavoura, cobrando juros mais baixos e recebendo, para isso, imóveis como garantia. Fernando Méndez González faz a conexão entre a origem do sistema predial com este quadro: “De fato, se não nos limitamos à origem histórica da maior parte dos sistemas registrais, podemos afirmar que a razão inicial de sua implantação foi originalmente a de possibilitar que a riqueza imóvel de um indivíduo pudesse servir como garantia ao crédito, a grande alavanca de toda economia moderna, que como foi dito, nada mais é do que uma economia de crédito” (MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. A função econômica dos sistemas registrais. Observatório do Registro. Disponível em: [<http://cartorios.org/2012/06/24/a-funcao-economica-dos-sistemas-registrais/>]. Acesso em: 25.06.2012.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

II. ATRIBUIÇÕES DO REGISTRO DE IMÓVEIS

Ao³ registrador de imóveis, profissional do direito responsável pela gestão administrativa e jurídica do cartório de Registro de Imóveis, cumpre⁴ a apreciação da aptidão dos títulos particulares e públicos para ingressar no sistema registral, nos casos em que o registro é modo para a constituição, desconstituição ou modificação de direitos relativos a imóveis; ou modo de obtenção de disponibilidade de direito já existente, como ocorre nos casos de usucapião, desapropriação e na sucessão *causa mortis*; nos casos em que tão somente se presta a dar publicidade *erga omnes* a fatos jurídicos, como ocorre nas constrições judiciais, legais, administrativas⁵ ou convencionais que incidam sobre imóveis, ou das alterações de dados ou *status* de imóvel, como sua submissão a procedimento de investigação de contaminação ambiental, ou do titular de algum direito que sobre ele recaia, como seu casamento ou divórcio; também dá publicidade a atos jurídicos como os pactos antenupciais após a celebração dos respectivos casamentos, às convenções de condomínio, processos de implantação de parcelamentos do solo urbano, incorporações imobiliárias e regularização fundiária.

3. O presente item foi extraído integralmente da dissertação de mestrado da autora, defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, intitulada *Princípios Constitucionais e as Funções Notariais e de Registro*, aprovada em 2012.
4. Os registradores de imóveis têm suas atribuições definidas em diversos diplomas legais, como alerta a Lei de Notários e Registradores, Lei 8.935/1994, em seu art. 12: “Aos oficiais de registro de imóveis (...) compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos (...)”. Vejam-se, por exemplo, os seguintes diplomas legais: Estatuto da Terra, LRP, Lei 4.591/1964, Lei 6.766/1979, Lei 9.514/1997, Estatuto da Cidade, CC, Lei 10.931/2004, Lei 11.381/2006, Lei 11.977/2009, Lei 12.424/2011, dentre outros.
5. Aos registradores de imóveis incumbe, v.g., a averbação das indisponibilidades, judicial ou administrativamente decretadas, nas matrículas dos imóveis por elas atingidos, nas hipóteses previstas em lei. No Estado de São Paulo, inclusive, são responsáveis pelo registro das indisponibilidades decretadas, o que se dava até pouco tempo, em livro próprio (Livro das Indisponibilidades) e que, agora, foi substituído pela Central de Indisponibilidades desenvolvidas pela Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo – ARISP, Tribunal de Justiça de São Paulo, Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Registro imobiliária do Brasil – IRIB, à qual têm acesso autoridades de todas as esferas, Poder Judiciário, registradores de imóveis e tabeliães de notas. Esta Central consiste em um cadastro de indisponibilidades (que repercutem na disponibilidade da pessoa física ou jurídica sobre todo seu patrimônio ou apenas parte dele, no limite que a autoridade competente fixar), alimentado pelas autoridades administrativas ou judiciárias que as instituem ou que as cancelem.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238. São Paulo: jan.-jun. 2015.

A atividade do registrador de imóveis tem como nota característica a avaliação do título que lhe é apresentado sob as regras vigentes, para decidir se *incorpora ou não ao Registro*⁶ de direitos imobiliários os fatos jurídicos que representam, tenham eles origem em escritos particulares ou públicos, estes formalizados por tabelião de notas, pelo Poder Judiciário ou qualquer órgão da Administração Pública.

O registrador torna efetiva, em sua esfera de atuação, a proteção do Estado sobre os direitos constituídos no Registro de Imóveis, na medida em que aplica as normas formais⁷ do direito registral para a verificação da especialidade (identificação e correspondência) dos objetos e sujeitos constantes da base registral e a continuidade dos sujeitos e atos, na qualificação dos títulos apresentados para inscrição. Com isso cuida para que, por exemplo, somente haja transferência de propriedade se o titular de tal direito figure na transação como alienante (ou seja, não autoriza alienações que não sejam realizadas pelo proprietário – pessoa que, como tal, conste do Registro de Imóveis); também cuida para que a transação se efetive, em relação ao objeto, se este corresponder exatamente à sua descrição no Registro, ou dentro dos parâmetros de disponibilidade permitidos em lei.

Ademais, dá e garante publicidade *erga omnes* aos fatos jurídicos inseridos no sistema.

O registrador, ao praticar atos de averbação, registro, matrícula ou denegação de registro, expressa solenemente a vontade do Estado⁸ em criar, modificar, extinguir ou dar disponibilidade a direito ou de dar publicidade a dado fato jurídico, ou, finalmente, de se negar a fazê-lo, à míngua de requisitos legais para

6. GÁLLIGO, Javier Gómez. *La calificación registral*. Espanha: Thomson Civitas, 2008. p. 11.

7. Serpa Lopes ensina que os Registros Públicos são regidos por normas materiais e formais. As primeiras “(...) definem a sua eficácia, os casos de sua obrigatoriedade, bem como o seu reflexo em face aos direitos que publicam ou mesmo constituem” e as segundas são “(...) as que marcam a movimentação de seu mecanismo, o modo de sua realização, os livros que devem ser mantidos, os certificados do seu conteúdo, em síntese, o processo de seu desenvolvimento orgânico”, de modo a reproduzirem ambas “aquela mesma feição das relações que presidem o direito substantivo e o direito formal”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. 1, p. 91-92.

8. Evidente que esta vontade do Estado não se revela em um capricho do registrador de ver produzir tal ou qual efeito, mas decorre da verificação quanto à observância de regras legais aplicadas ao caso concreto, já que toda a atividade de registro é regida pelo princípio da legalidade.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

tanto. Exerce atividade fiscalizadora do recolhimento dos tributos devidos pelos atos formalizados. É, ainda, responsável pela verificação da situação dos contratantes perante o fisco e o sistema previdenciário, quando a lei assim o exige.

Nos registros de parcelamento do solo e incorporações imobiliárias, que representam o depósito em cartório dos projetos de implantação ou construção de unidades imobiliárias, cuida da verificação dos requisitos exigidos por lei e que se referem aos elementos indispensáveis à proteção dos futuros adquirentes, consumidores, em atividade de cunho publicitário e essencialmente preventivo de conflitos, uma vez que o que está depositado no Registro de Imóveis deverá corresponder ao que será entregue aos adquirentes.

Nas operações de compra e venda, no momento em que decide pelo seu ingresso em sua base de dados e a registra, o oficial de Registro de Imóveis constitui direito de propriedade em nome do adquirente e, ao mesmo tempo, extingue a propriedade que detinha o vendedor. Soluciona uma questão que lhe é posta (se tal direito de propriedade pode ou não ser constituído em favor de A e em detrimento de B), sem que tenha que dirimir conflito de qualquer natureza.⁹ Da mesma forma, quando registra loteamento ou incorporação imobiliária, define as obrigações legais e convencionais do incorporador perante os adquirentes e Poder Público e, eventualmente, perante o titular do imóvel objeto do empreendimento.

De outro lado, por exemplo, quando recusa o ingresso de título judicial expedido em ação real em cujo polo passivo não figurou o titular do direito buscado no Poder Judiciário, prestigia o sistema de segurança jurídica e de publicidade, que o Estado criou e colocou à disposição do cidadão e do mercado, e assegura a efetividade do princípio do devido processo legal, um dos esteios do Estado Democrático de Direito. E quando denega o registro a uma incorporação imobiliária ou a um loteamento, por ausência de licenciamento ambiental exigível, cuida da proteção do interesse difuso a um meio ambiente sadio.¹⁰

9. Salvo na hipótese de títulos contraditórios, na qual se aplica regra predeterminada de preferência estabelecida no art. 186 da LRP.

10. O Registro de Imóveis é valioso instrumento de proteção ambiental. A publicidade de limitações ambientais, inseridas nas matrículas dos imóveis por elas afetados, dá conhecimento aos seus proprietários e eventuais interessados a seu respeito, definindo, de modo indiscutível, a ciência e, portanto, a boa ou má-fé, ou a culpa ou dolo, do causador de eventual dano ambiental. O Registro, nessa linha, funciona como valiosa ferramenta de *enforcement* de políticas ambientais, projetando efeitos dissuasórios específicos, com repercussão pulverizada e resultados positivos em escala, a baixíssimo custo.

III. A IMPOSITIVIDADE DA FUNÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA

Um sistema que pretenda alcançar objetivos tão amplos e importantes para a segurança jurídica das transações imobiliárias do país não pode prescindir de força e autoridade. Por isso, a função registral, no Brasil, é dotada de impositividade que se manifesta sob vários aspectos.

A potência da atividade registral se manifesta com mais clareza quando analisamos a qualificação negativa de títulos oriundos do próprio Poder Público, sejam eles de origem judicial ou administrativa, em razão de descumprimento de requisitos legais, de princípios registrares,¹¹ atividade que lhe compete, como reconhece a farta Jurisprudência acerca do tema.¹²

Esta autoridade é dada ao registrador de imóveis em razão de o registro, como se disse, conferir efeitos *erga omnes* aos fatos que publica, o que não ocorre com as decisões judiciais, que produzem, via de regra, efeitos entre as partes litigantes. Por isso, e para ingressar no sistema de Registro Imobiliário, o título judicial deve necessariamente observar os princípios registrares (ou os *princípios da segurança jurídica*) e que lhe permitirão produzir efeitos *erga omnes*, os quais, portanto, são mais amplos que aqueles efeitos meramente processuais. Tal avaliação jurídica, acerca do atendimento aos princípios da segurança jurídica, compete no âmbito extrajudicial, ao registrador de imóveis.

Assim, ao registrador são atribuídos instrumentos para, inclusive, limitar a produção de efeitos de atos de outros braços do Estado, caso formalizados com inobservância de regra legal e que lhe sejam submetidos à análise, ainda que, como destacado, tal ato tenha sido emanado por órgãos da Administração Pública ou do Poder Judiciário.

Esta especial posição do registrador igualmente se manifesta na sua atividade cotidiana de qualificação de títulos particulares, de modo que sua decisão se

11. Por exemplo, carta de adjudicação expedida pelo Poder Judiciário, em autos de adjudicação compulsória, após trânsito em julgado da decisão final. Tal título, apesar de ter sido expedido pelo Poder Judiciário, não será registrado se o réu da ação respectiva não for o titular do domínio, ou seja, aquele que consta da tábula registral como proprietário do imóvel. Este descompasso do título judicial para com a base registral é fator obstaculizante do registro, seja por inobservância do princípio da continuidade registral, em razão de o titular do domínio não ter figurado no polo passivo da lide, seja por inobservância do princípio processual do contraditório, já que, não tendo integrado a lide, não teve o proprietário do imóvel oportunidade de se manifestar quanto ao pedido do autor. O mesmo se diga com relação às ações de usucapião.

12. Dentre centenas, veja-se, por exemplo, TJSP, ApCiv 990.10.247.068-7, j. 14.09.2010, rel. Des. Munhoz Soares.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

impõe ao interessado e também aos demais particulares que não participaram do título analisado.

Em relação àqueles que não usam o Registro de Imóveis (por exemplo, pessoas que não são titulares de direito real de qualquer natureza sobre qualquer bem imóvel), portanto terceiros alheios à base registral, a impositividade da função registral se manifesta por força do efeito *erga omnes* que a lei confere aos direitos constituídos pelo registrador, garantido pelo sistema registral imobiliário, por órgãos do Poder Executivo e Judiciário.

Assim, mesmo que o sujeito Z não seja titular de direito real ou não tenha participado de qualquer forma do negócio jurídico relativo a qualquer imóvel,¹³ deve ele respeitar todos os direitos reais constituídos no Registro de Imóveis, pouco importando em qual circunscrição territorial do registro predial do Brasil estejam registrados. E vale lembrar a extensão do efeito *erga omnes*: ele se aplica ao sujeito Z em qualquer local onde ele esteja ou qualquer que seja a sua nacionalidade ou *status* social, pouco importando a sua vontade.

Esta impositividade se revela também na sanção ao “não registro”, não aquela sanção da espécie de multa, prisão ou confisco, mas a consistente na negação da maior proteção estatal. A LRP, em seu art. 169, reza que *todos os atos atribuídos ao Registro de Imóveis* e elencados em seu art. 167 são *obrigatórios*, do que decorre que os fatos jurídicos levados a registro estão agasalhados pelo sistema de segurança jurídica mantido pelo Estado (seguro de que os princípios registrários serão observados na hipótese de apresentação de título que modifique ou extinga direito ou fato inscrito) e pelo manto confortável da oponibilidade *erga omnes*.¹⁴ Ou seja, da dicção do artigo referido se extrai a regra de que para obter esta proteção estatal o registro é indispensável.

13. Cf. MORENO, Javier Sainz. *Esquema de las ciencias del derecho positivo*. Madrid: Marsiega, 1977. p. 269, apud DIP, Ricardo. *Direito administrativo registral*. p. 26.

14. As razões para tanto são de natureza jurídica e econômica e de muito fácil compreensão. Resumem-se ao fato de que o Estado concentra as informações dos direitos relativos aos imóveis de cada circunscrição territorial em um só Registro de Imóveis, de modo que qualquer pessoa ou ente público ou privado – e mesmo o Poder Judiciário, possa recorrer somente a um local (tal Registro predial) para obter informações a respeito de determinado bem e seus direitos. Isso reduz dramaticamente os custos e o tempo com a obtenção de informações e faz com que a avaliação da situação jurídica do imóvel seja mais completa e confortável possível. Exceção a tal regra são ainda as ações de conhecimento que têm por objeto, direta ou reflexamente, imóvel antes da efetivação da citação. A notícia de existência de ação, antes da efetivação da citação, não tem ingresso no registro, a não ser por força de mandamento judicial, como providência acautelatória. Após a citação, contudo, qualquer ação real ou pessoal

Contrario sensu, aos fatos jurídicos mantidos na clandestinidade, ou seja, fora do Registro, a lei, como sanção, não atribui a maior potencialidade que seria possível obter com o registro (como o que ocorre com os direitos reais), que é o efeito da oponibilidade *erga omnes*, nem lhes dá plena acolhida ao sistema de segurança jurídica estatal, ou seja, não possibilita que aqueles princípios registrares referidos se prestem a lhes garantir a existência e vigor. Na verdade, quanto aos títulos (particulares ou públicos) não registrados, a sanção decorrente do sistema é justamente o fato de os princípios registrares agirem em seu desfavor, na medida em que prestigiam não os atos clandestinos, mas os registrados, aos quais o Registro dá e garante publicidade e oponibilidade *erga omnes*, por força de lei e a partir da livre provocação do interessado, revelada na entrega do título ao Registro de Imóveis. Além disso, na hipótese de cotejo entre o direito inscrito e documento não registrado, há de prevalecer o primeiro, que recorrendo ao abrigo da publicidade, conquistou a proteção do Estado/Registro, do Estado/Administração e do Estado/Judiciário, porque a eles se fez legal e formalmente conhecer.

A impositividade e a obrigatoriedade (ou não facultatividade) do registro desvelam-se ainda através das declarações acerca da existência ou inexistência de fatos jurídicos e seus titulares ou atores, na tábua registral, quando emitida certidão do conteúdo de seus livros e acervo. A tais certidões, inclusive, a lei civil atribui a mesma força probante do original que arquivou.¹⁵

Ademais, para o exercício da função registral, que é o constante exercício de juízo prudencial para produção de decisões com profundos e amplos efeitos jurídicos, goza o registrador de imóveis de independência jurídica, autonomia financeira e por seu desempenho é pessoalmente responsável.

De qualquer forma, seja qual for a natureza do título que lhe é apresentado, da decisão denegatória de seu ingresso no Registro caberá revisão pelo Poder Judiciário, seja na esfera administrativa (no caso de Estados que adotam a revisão administrativa dos atos de registro), seja no âmbito jurisdicional.

IV. O REGISTRO DE IMÓVEIS BRASILEIRO E A PREVENÇÃO DE FRAUDES IMOBILIÁRIAS

Desta síntese apertada das atividades desempenhadas pelo Registro de Imóveis no Brasil é possível deduzirmos a sua importância e efetividade para a

reipersecutória *obrigatoriamente deverá ser levada ao registro respectivo*, como determinam os arts. 169 e 167, I, 21, da LRP.

15. Esta a inteligência do conteúdo dos arts. 216 e 217 do CC/2002.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

atribuição de segurança jurídica às transações imobiliárias e à publicidade de tudo o que se relaciona aos imóveis, o que revela um atributo preventivo de fraudes imobiliárias em diversas modalidades.

Neste passo, do desempenho da função registral imobiliária é possível destacarmos quatro das suas muitas atuações preventivas e de interesse para as discussões neste evento que são:

a) o intenso controle *ex ante* dos títulos públicos e particulares apresentados para registro, seja quanto à sua forma, seja quanto ao seu conteúdo, o que impede que documentos falsos ou tecnicamente inadequados tenham acesso ao sistema e produzam efeitos não desejados pelo ordenamento jurídico;

b) o intenso controle *ex ante* que é feito também nos títulos judiciais, como nas ações de usucapião, de adjudicação compulsória e nos procedimentos de sucessão *mortis causa*, de modo a garantir que a aquisição de propriedade efetuada por força de reconhecimento judicial se efetive somente quando da ação participe titular do direito de propriedade inscrito no Registro de Imóveis;

c) a publicidade dos ônus e restrições existentes sobre os imóveis ou sobre o patrimônio dos titulares de direitos imobiliários, o que evita a sobreposição de hipotecas ou outras garantias sobre um mesmo imóvel, sem ciência ou vontade dos credores;

d) o controle da regularidade administrativa e jurídica de empreendimentos imobiliários em seu nascedouro, o que garante a proteção dos direitos dos consumidores que adquirem imóveis ainda quando apenas projetados (na planta).

IV.1 Falsidade documental

O ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente de vários países, admite que ingresse no sistema de registro imobiliário uma extensa gama de documentos particulares, ou seja, documentos cuja forma e conteúdo não contaram com verificação de autenticidade dos participantes, liberdade de manifestação de vontade das partes e correção de conteúdo pelo notário público; quando muito estes documentos particulares ostentam a autenticação da assinatura de seus subscritores por tal profissional do direito.

O Registro de Imóveis atua aplicando uma série de rotinas de verificação de autenticidade dos documentos particulares e também dos documentos públicos, seja no que diz respeito à forma que apresentem, seja quanto ao conteúdo, aqui considerada a identificação e poderes dos sujeitos que neles figuram, a verificação do objeto do documento apresentado, os direitos e fatos nele

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238. São Paulo: jan.-jun. 2015.

discriminados. Assim procede a fim de evitar que tenham acesso ao sistema situações inaptas à produção dos efeitos jurídicos desejados.

O intenso controle *ex ante*, ou seja, o controle exercido antes da (e para a) inscrição do título no sistema registral, implica no cenário de segurança jurídica atual, no qual pouquíssimos títulos falsos são apresentados para registro, e tem como consequência o fato que aqueles que assim o são, tenham seu acesso ao sistema barrado pelo Registrador de Imóveis, que, ademais, os encaminha para as devidas providências criminais. Com esta atuação, garante-se aos titulares dos direitos inscritos a segurança de que sua situação permanecerá como está e que somente será alterada de acordo com as regras legais e a partir de documentos autênticos.

No que diz respeito ao conteúdo dos títulos, a verificação da legalidade de seus dispositivos é fator que atribui segurança às transações e impede a criação de situações anômalas e geradoras de conflito.

IV.2 Fraudes por meio de ações judiciais

Este controle *ex ante*, como já exposto anteriormente, é exercido inclusive sobre os títulos provenientes do Poder Judiciário, porque, como dito, tudo o que se produz nas ações judiciais, via de regra, repercute efeitos exclusivamente entre as partes do processo judicial, não em relação a terceiros.

Assim, para que os efeitos de decisão proferida em ação judicial se estendam à pessoa que consta como titular de direito imobiliário (como dito, direito inscrito no sistema registral) é fundamental, nos termos da lei brasileira, que esta pessoa titular do direito tenha participado de alguma forma da referida ação judicial, tenha tido a oportunidade tempestiva de legitimamente manifestar-se em relação à pretensão daquele que pretende atingir seu direito.

Sendo assim, compete ao Registrador de Imóveis, na análise de título proveniente de ação cujo objeto é direito relacionado a bem imóvel, ou o próprio imóvel, a verificação da participação do titular do direito inscrito ou do proprietário do imóvel naquela relação processual. Também lhe compete a verificação da especialidade do bem imóvel ou do direito discutido, a fim de que não se transmita o que não se tem ou mais do que se tem.

O exame destes aspectos do título judicial tem como escopo a evitação da perpetração de fraude na transmissão de direitos imobiliários com a utilização da via judiciária. Assim, mesmo que eventualmente o controle desses aspectos falhe na esfera judicial, o sistema registral impede a consolidação da falha e obsta o ingresso do título no sistema, bem como a produção de efeitos nefastos em âmbito individual e difuso.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Fraudes desta natureza podem ocorrer em vários tipos de ação, nas quais se busca a transmissão do direito de propriedade de modo direto (como ocorre na usucapião ou na adjudicação compulsória), ou de modo indireto, como em ações demarcatórias, de retificação de área, ou de natureza condenatória, que culminam com a excussão judicial da propriedade do bem, como ações de cobrança e ações trabalhistas.

A verificação da exata coincidência entre a titularidade do direito inscrito e a pessoa judicialmente acionada a responder ante o autor confere segurança individual e sistêmica, tal como apontado no item anterior.

IV.3 Sobrecarga de imóveis e fraudes em face de instituições de crédito

Um sistema que não proporcione controle e publicidade sobre os direitos e cargas (ônus) constituídos sobre os imóveis, não fornece segurança ao mercado imobiliário, nem especialmente ao mercado de crédito. Por isso, o sistema registral brasileiro trabalha com três premissas:

- a) somente considera constituídos os direitos imobiliários quando inscritos no Registro de Imóveis;
- b) somente atribui disponibilidade à usucapião, desapropriação e sucessão *mortis causa* (que independem do Registro para sua constituição), quando inscritas no Registro de Imóveis;
- c) garante plena publicidade aos direitos e ônus existentes sobre os imóveis a qualquer interessado por meio de certidão.

O controle elaborado na análise dos documentos, a concentração de informações e publicidade ampla permitem que terceiros interessados tenham rápido e barato acesso a fatos relevantes para transação econômica que pretendam realizar. Assim, por exemplo, se A solicita um empréstimo junto ao Banco B, este, com uma certidão da matrícula do imóvel que A pretende dar em garantia, saberá imediatamente: (a) se o bem existe e quais são suas características; (b) quem é seu proprietário, ou seja, quem pode dar o bem em garantia; (c) se este bem já tem algum ônus sobre si; e, (d) em caso positivo, qual o seu peso, ou seja, qual valor referido o bem já está garantindo.

Com tais informações a instituição de crédito pode rapidamente formular sua posição quanto ao financiamento solicitado, seja em razão do grau de risco que o negócio envolve, seja, então, se concede ou não o financiamento.

O sistema, portanto, cria um cenário que não admite a opacidade das garantias imobiliárias, na medida em que as ilumina com a publicidade ampla. Não há, neste sentido, surpresas nas contratações e cada instituição de crédito, em

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238. São Paulo: jan.-jun. 2015.

cada transação, sabe exatamente o quanto cada imóvel é capaz de garantir, em relação ao seu próprio valor econômico. Não há, portanto, a possibilidade de contratações em que a instituição financeira seja surpreendida com a sobrecarga sobre o imóvel que recebera em garantia, porque em relação a ela somente produzem efeitos o que constava do Registro à época do registro de seu direito de garantia imobiliário. Ou seja, o sistema previne terceiros interessados a respeito de possíveis fraudes engendradas com a sobrecarga de imóveis, o que seria possível com a admissão de garantias mantidas na clandestinidade, alheias a uma base comum, de acesso público, e a cujos registros fosse viabilizado amplo conhecimento a qualquer interessado.

Esta segurança se estende às singelas, mas não menos relevantes, operações de venda e compra, uma vez que, com a informação do Registro de Imóveis é possível identificar, de plano, com quem se deve negociar e se há situação jurídica ou fática que possa afetar negativamente a transação ou que imponha determinada cautela adicional na formulação do negócio.

IV.4 Fraudes contra consumidores

Tal qual qualquer país com certa organização institucional, com olhos no potencial econômico da construção civil, o Brasil vive, há alguns anos, um momento histórico de intensa produção imobiliária. Ao longo dos últimos 20 anos foram lançados milhares de empreendimentos imobiliários, de todas as naturezas: residenciais, comerciais, industriais, com ou sem construção, alguns com milhares de unidades postas à venda, enquanto ainda meros projetos a serem ainda implantados. São o que a lei designa como incorporação imobiliária ou como loteamento, conforme as características que apresentem.

Para conferir segurança aos potenciais consumidores desses empreendimentos, adquirentes de unidades imobiliárias apenas projetadas, a lei brasileira estabeleceu um controle *ex ante* extenso sobre requisitos que compreendem aspectos de direito imobiliário, civil, urbanístico e ambiental e o entregou ao Registro de Imóveis. E para atribuir a necessária autoridade a este controle, definiu como criminalmente ilícitos o lançamento, a propaganda ou a venda de unidades do empreendimento imobiliário não inscrito no Registro de Imóveis.

Assim, como sintetizado acima, compete ao registrador de imóveis a verificação dos requisitos exigidos por lei e que se referem aos elementos indispensáveis à proteção dos futuros adquirentes, zelando para que somente ingresse no sistema registral o empreendimento que atenda aos requisitos legais estabelecidos e cuidando para que seja depositado no Registro de Imóveis o projeto completo e detalhado do que será entregue aos adquirentes.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238-XX. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Tais requisitos compreendem desde a apresentação dos projetos do que se pretende criar em termos imobiliários (por exemplo: loteamentos ou condomínios de casas ou unidades autônomas de outras naturezas, como apartamentos, lojas, salas comerciais, etc.), com minuciosa especificação de cada unidade a ser criada, inclusive em termos de acabamentos a serem empregados, e de tudo o que compreenda o empreendimento como um todo (infraestrutura urbanística, inclusive, se for o caso), passando pelas aprovações urbanísticas e ambientais cabíveis, documentação demonstradora da regularidade da situação jurídica do imóvel objeto da empreitada, documentação que evidencie a capacidade econômica do empreendedor, além de outros documentos relativos ao empreendimento em si, como minuta de convenção de condomínios, contrato padrão, etc. Ou seja, há uma verificação a respeito da regularidade da situação jurídica do imóvel e de sua propriedade, da solvabilidade do empreendedor, da observância dos padrões urbanísticos e ambientais fixados pelo Poder Público, etc.

Assim, o registro do loteamento ou incorporação imobiliária define as obrigações legais e convencionais do incorporador perante os adquirentes e Poder Público e, eventualmente, perante o titular do imóvel objeto do empreendimento.

Esse controle registral tem contribuído decisivamente para a regularidade dos empreendimentos lançados no Brasil e para a prevenção de instalação de empreendimentos em desacordo com a lei, sem viabilidade econômica ou promovidos por pessoas sem poderes legais para realizá-los.

V. CONCLUSÃO

Em suma, o sistema de Registro de Imóveis brasileiro proporciona segurança jurídica pontual às transações imobiliárias; propaga a sensação de previsibilidade, estabilidade e segurança das relações imobiliárias, criando segurança sistêmica; e serve de fonte fidedigna de informações relevantes sobre bens imóveis.

Por conta destas virtuosas características, tem função de pilar institucional do mercado de crédito brasileiro, contribuindo, no que lhe diz respeito, para o desenvolvimento econômico do país e, com isso, para a erradicação da pobreza.

Este sistema modelar, que encontra similitudes geminais e funcionais nos registros de direitos imobiliários da Espanha e Chile, por exemplo, pode servir de parâmetro a países que carecem de aperfeiçoamento institucional em seus sistemas de publicidade de direitos imobiliários, a fim de incrementar seus mecanismos de controle pelos particulares e pelo Estado, e de fomentar a celeridade e segurança das transações imobiliárias.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 225-238. São Paulo: jan.-jun. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A função econômica da publicidade registral, de Fernando P. Méndez González – *RDI 55/133, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/117 (DTR\2003\360)*;
- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI 72/201 (DTR\2012\44777)*; e
- Efeitos da publicidade imobiliária, de Walter Ceneviva – *RDI 26/17 (DTR\1990\264)*.

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA PELO REGISTRO DE IMÓVEIS

TAX SUPERVISION BY REGISTRARS OF PROPERTY

SERGIO ÁVILA DORIA MARTINS

Master in Law and Economics (LLM), University of Manchester.
Mestre em Direito Internacional, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
2.º Tabelião de Notas e Protesto de Títulos da Comarca de Sertãozinho/SP.
sergioavila@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Imobiliário e Registral

RESUMO: No contexto de desjudicialização das atividades de jurisdição voluntária, a Lei 11.441/2007 possibilitou a realização do inventário e partilha notariais. Defende-se, ademais, que o ITCMD transformou-se em tributo lançado por homologação, ou seja, sem a participação da autoridade fazendária, desde que sob a supervisão de um tabelião paulista, nos termos das alterações incluídas pelo Dec. 56.693/2011/SP. Nesse novo paradigma, descabe limitar a competência dos registradores imobiliários à verificação da existência de recolhimento do tributo, sem adentrar no exame da correção do montante pago. Em que pese o acréscimo de responsabilidades, a fiscalização tributária tradicionalmente se insere nas atividades do Registro de Imóveis, que tanto mais forte será quanto mais útil à qualificação exercida pelo Oficial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário – Fiscalização – Imposto de transmissão – Qualificação registral.

ABSTRACT: In the context of reducing judicial involvement in matters regarding voluntary jurisdiction activities, the Law 11.441/2007 has made possible to perform a notarial inventory and partition. It is advocated that ITCMD has become a tax subject to homologation, namely, without the preliminary participation of tax authority, if under the supervision of a São Paulo's state notary, according to the innovations brought by Decree 56.693/2011 – SP. In this new paradigm, the competence of the Registrars of Property should not be limited to verify the existence of tax payment, without analyzing the correctness of the amount paid. Although there is an increase of responsibilities, the tax supervision is traditionally inserted in the Land Registry activities, which gets stronger the more useful legality examination proceeded by the Registrar is.

KEYWORDS: Tax law – Supervision – Transmission Tax – Legality examination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Notários e registradores, magistrados consensuais – 3. O ITCMD é lançado por declaração? – 4. Alcance da fiscalização exercida pelo tabelião e pelo registrador imobiliário – 5. Conclusão – 6. Referências.

With great power comes great responsibility
SPIDER-MAN

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.441/2007, que possibilitou a realização do inventário e partilha notariais, insere-se no contexto geral de desjudicialização de atividades da chamada jurisdição voluntária,¹ caracterizada pela ausência da lide e por uma atividade de administração pública de interesses privados, sobre os quais incide especial interesse da coletividade.

Segundo Frederico Marques, não se trata de atividade jurisdicional, malgrado o nome que ostenta. A impropriamente denominada jurisdição voluntária não é voluntária nem jurisdição, mas função estatal de administração pública de direitos de ordem privada, exercida preventivamente para constituir ou modificar relações jurídicas.²

Assim, para que se alcancem plenamente os objetivos do legislador, o inventariante deve cumprir suas funções perante os notários e registradores, preferencialmente sem necessidade de autorizações do juiz togado ou das autoridades fiscais.

Entre essas obrigações, destaca-se o pagamento do imposto de transmissão *mortis causa*, conhecido no Estado de São Paulo por ITCMD. Tradicionalmente, o tributo em apreço se enquadra dentre os lançamentos por declaração, que demandam a atuação da autoridade fiscal. Entretanto, há novidades interessantes quanto ao processamento extrajudicial, cujos desdobramentos são analisados neste trabalho.

O novo cenário tem tornado mais ágeis os inventários e partilhas, como devem ser os procedimentos que envolvem a maior parte dos cidadãos em algum momento de suas vidas.

Em virtude das recentes evoluções, consideramos até que ponto se estende a fiscalização tributária do notário e do oficial de Registro de Imóveis. Em

1. São exemplos a execução extrajudicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóveis (Lei 9.514/1997), a habilitação de casamento sem intervenção judicial (Lei 12.133/2009) e o registro tardio de nascimento procedido pelo próprio oficial de registro civil das pessoas naturais (Lei 11.790/2008), a retificação extrajudicial de registro imobiliário (Lei 10.931/2004), a cobrança de dívida ativa por meio do protesto de títulos (Lei 12.767/2012), a regularização fundiária no âmbito do registro de imóveis (Lei 11.977/2009), a própria Lei 11.441/2007 e, finalmente, a usucapião extrajudicial, por meio de ata notarial, como prevê o projeto do novo Código de Processo Civil.

2. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, Campinas: Millennium, 2000. p. 15 e 59.

especial, debatemos a atual jurisprudência, que limita a competência dos registradores imobiliários à verificação apenas da existência de recolhimento do tributo, sem adentrar no exame da correção do montante pago.

2. NOTÁRIOS E REGISTRADORES, MAGISTRADOS CONSENSUAIS

Os atos notariais e registrais são dotados, em muitos aspectos, do mesmo valor de uma sentença, já que constituem, declaram e modificam direitos, porque o Estado confere a estes profissionais, por delegação, parcela de sua autoridade para que realizem a direito. Por isso que os notários são considerados magistrados consensuais, praticando justiça preventiva.³

-
3. Organização dos Notários Europeus. Disponível em: [www.notaries-of-europe.eu/notary-s-role/overview]. Acesso em: 26.04.2014: The notary: a public office holder: Notaries are an integral part of the legal order in the 22 EU Member States based on Latin civil law. *They are one of the three pillars of the legal order (magistrates, notaries, lawyers). Their essential mission, that they carry out as delegates of the State that nominates them and accords them the status of public office holder, is to confer authenticity on the legal instruments and contracts they establish for their clients in areas of law as diverse as marriage contracts, company statutes, wills, real estate transactions, etc. Authentic instruments: a guarantee of legal certainty. Having in many respects the same value as a judgement, authentic instruments cannot be contested, except through judicial proceedings. Unlike private agreements, they are endowed with greater probative value and are imposed on the courts, the administration and third parties. Like judicial decisions, they are enforceable, enabling the contracting parties to have their obligations enforced directly by the implementing bodies (judicial officers), without having to pass before the courts. By placing the State's seal next to the signatures of the parties on the instruments they draw up, notaries are responsible for the content and the form: They ensure that the authentication process has been respected perfectly. The authenticated instrument expresses the wishes of its signatories, their correct identity and the date and substance of their commitments. The notary: an amicable settlement magistrate – The authentic instrument is the fruit of a complex undertaking during which the notary has a particular duty to inform and advise his or her clients on the legal, financial and tax consequences of their project and on the legal instruments best able to implement it. The notary must carry out this duty whilst refuting any improper, unfair, illegal or immoral commitments. For the notary, authenticating an instrument involves gathering together and expressing the wishes of those involved completely, impartially and in full respect of the law. "This is why notaries are thought of as amicable settlement magistrates, practising preventive justice". The notary: a professional at the service of all citizens – The status and organisation of the notarial profession guarantee that notaries provide quality local justice, accessible to all. The authentication of instruments and contracts is a public service, generally subject to rules of geographical distribution and to price controls. Furthermore, notaries are obliged to act; they*

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Juízes togados são vocacionados e imprescindíveis para resolver a lide, porque gozam de prerrogativas funcionais a garantir o julgamento imparcial e livre de pressões. Ausente, porém, o conflito, mesmo que sobre as pretensões incida especial interesse coletivo, são os notários e registradores indicados à tarefa.

De um lado, detém tais profissionais estrutura adaptada a albergar pretensões privadas com mais flexibilidade, comparativamente ao processo civil tradicional.

Ademais, são os notários e registradores diretamente responsáveis pelos atos praticados sob sua intervenção. Do ponto de vista fiscal, respondem por substituição por todos os tributos devidos sobre os atos praticados perante seus ofícios, nos termos do Código Tributário Nacional:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...)

VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

(...).”

De outra parte, por conta das necessidades próprias da jurisdição contenciosa, que reclama prerrogativas especiais aos seus membros, só pode haver responsabilidade civil do juiz togado quando proceder com dolo ou fraude, o que parece desaconselhar a atuação em questões patrimoniais e tributárias consensuais.⁴

Assim é que, ao menos estruturalmente, os notários e registradores estão mais vocacionados ao exercício da jurisdição voluntária do que os juízes togados. Isso porque se trata de uma tarefa materialmente administrativa, que envolve pretensões privadas a serem consideradas com foco na tutela de deter-

cannot refuse to offer their services to anyone requesting them, even though citizens can choose a notary freely. Finally, notaries must guarantee the publicity of the authentic instrument to third parties and the State, primarily by registering it on the public registers that exist for this purpose. They are also responsible for its perpetuity as they must keep the original in their archives indefinitely and issue authentic copies. In this regard, the use of information technologies offers notaries and their clients practical solutions that are ever more effective, whilst guaranteeing the very highest legal certainty (grifos nossos).

4. Art. 49, I, Lei Orgânica da Magistratura.

minados interesses públicos, como o da segurança das relações jurídicas, quase sempre presente o da administração tributária, entre outros.⁵

Nesse teor a mensagem do Ministro da Justiça ao Presidente da República em encaminhamento do Projeto de Lei que culminou na Lei 11.441/2007:

“A proposta prevê a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, nos casos em que somente existam interessados capazes e concordes. Dispõe, ainda, a faculdade de adoção do procedimento citado em casos de separação consensual e de divórcio consensual, quando não houver filhos menores do casal. *Entendo não existir nenhum motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática que indique a necessidade de que atos de disposição de bens, realizados entre pessoas capazes – tais como os supracitados, devam ser necessariamente processados em juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses*⁶ (destaques nossos).”

3. O ITCMD É LANÇADO POR DECLARAÇÃO?

De acordo com o conceito contido no art. 142 do CTN, o lançamento é o procedimento privativo da autoridade administrativa que constitui o crédito tributário, assim entendida a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante devido, identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, das penalidades cabíveis.

A doutrina distingue três formas de lançamento.

O *lançamento direto, de ofício*, é a modalidade tradicional. Nessa hipótese, o procedimento é completamente feito pelo sujeito ativo. É frequente utilizado em impostos lançados a partir de dados cadastrais, como é o caso do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, de competência dos Municípios.

Já o *lançamento misto ou por declaração* é aquele em que há atos tanto do sujeito passivo quanto do ativo. Abrange, assim, a declaração prestada pelo contribuinte, a determinação e os cálculos feitos pela autoridade e a notificação do contribuinte.

5. Proteção do meio ambiente, tutela do consumidor, ordenamento das cidades, proibição administrativa etc.

6. EM 00183/MJ, disponível em: [www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2334]. Consulta em: 23.04.2014.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

É tradicionalmente empregado o lançamento misto em impostos de transmissão, como o ITCMD. De fato, pode-se perceber que, nos inventários processados em juízo, o tributo *causa mortis* paulista é lançado por declaração:

“Art. 21 – *Para fins de apuração e informação do valor de transmissão judicial “causa mortis”, o contribuinte deverá apresentar à repartição fiscal competente, declaração, que deverá reproduzir todos os dados constantes das primeiras declarações prestadas em juízo, instruída com os elementos necessários à apuração do imposto, conforme disciplina a ser estabelecida pela Secretaria da Fazenda, nos seguintes prazos:*

(...)

Art. 22 – *Caso o Fisco concorde com os valores declarados, o Procurador do Estado encaminhará, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da apresentação da declaração prevista no artigo anterior, petição ao juízo competente, manifestando-se da seguinte forma:*

(...)

Art. 23 – *Se o Fisco não concordar com os valores declarados, no mesmo prazo do artigo anterior, serão adotados os seguintes procedimentos:*

I – na hipótese de arrolamento:

a) o Agente Fiscal de Rendas notificará o contribuinte para, no prazo de 30 dias, efetuar o recolhimento da diferença de imposto apurada ou apresentar impugnação;

b) o Procurador do Estado, mediante petição, discordará expressamente da expedição de alvará, formal de partilha ou carta de adjudicação, enquanto o débito não for liquidado;

II – na hipótese de inventário:

a) o Agente Fiscal de Rendas notificará o contribuinte sobre a discordância com os valores por ele declarados, facultando-lhe a apresentação de impugnação, no prazo de 30 dias;

b) o Procurador do Estado comunicará ao juízo a expressa discordância relativa aos valores declarados pelo contribuinte, requerendo a sua intimação para manifestar-se (CPC, arts. 1.007 e 1.008).

§ 1.º Em se tratando da hipótese prevista na alínea “a” do inciso I, verificado que o contribuinte deixou de recolher a diferença de imposto apurada ou de apresentar impugnação, o Fisco deverá promover a notificação de lançamento do imposto.⁷

7. Dec. Estadual/SP 46.655/2002, com redação dada pelo Dec. 56.693, de 27.01.2011.

(...) (destaques nossos).”

No que diz respeito ao processamento do inventário perante o tabelião, porém, a própria Fazenda Estadual optou por confiar aos notários paulistas parcela substantiva da fiscalização tributária, a ponto de que os procedimentos de inventário extrajudicial passaram a ser realizados sem qualquer manifestação da autoridade fiscal.

Quando o inventário se processa perante o tabelião paulista, é o imposto de transmissão apurado e recolhido exclusivamente pelas partes, sob fiscalização apenas dos notários e registradores, independentemente do valor envolvido:

“Art. 26-A *Nas hipóteses de transmissão causa mortis e doação realizadas no âmbito administrativo*, nos termos dos arts. 982 e 1124-A da Lei federal 5.869, de 11.01.1973 – Código de Processo Civil, *deverá*:

I – o contribuinte apresentar declaração instruída com os elementos necessários à apuração do imposto, conforme disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda:

a) *‘diretamente ao tabelião’*, no caso em que a escritura pública for lavrada neste Estado;

(...)

II – *‘o tabelião’* localizado neste Estado:

a) *‘certificar-se da veracidade do valor dos bens e direitos informados’* pelo contribuinte, conforme os documentos exigidos em disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda;

b) antes da lavratura, registro, inscrição ou averbação de atos e termos relacionados com a transmissão dos bens e direitos, *‘certificar-se de que foi efetuado o recolhimento do imposto’*.⁸

(...)” (destaques do autor).

Em outras palavras, o ITCMD se transformou, no caso específico do inventário extrajudicial realizado por um notário paulista, em um *tributo lançado por homologação*, modalidade em que a constituição do crédito é feita sem prévio exame da autoridade. O contribuinte apura, informa e paga a obrigação tributária. O pagamento é realizado independentemente de qualquer ato prévio do sujeito ativo.

Assim, a modalidade do lançamento do ITCMD bandeirante depende, interestantemente, da forma de processamento do inventário: se perante o tabelião ou se diante do juiz togado.

8. Idem.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

A razão para a distinção é peculiar. Como visto, sendo os notários especialmente aptos a lidar com procedimentos de jurisdição voluntária, como a transmissão *causa mortis* do patrimônio, entre outras razões porque são responsáveis por substituição pelos tributos incidentes, o fisco estadual entendeu que sua participação no lançamento do ITCMD era despicienda, transformando-o verdadeiramente em tributo por homologação, desde que sob a supervisão de um tabelião paulista.

Prova de vocação, o fisco considera mais efetiva a supervisão tributária do tabelião, pois apenas neste caso entendeu que poderia se dispensar de participar do lançamento fiscal.

A iniciativa, inédita no país, reflete o grande sucesso da Lei 11.441/2007 e o inegável reconhecimento, por parte da fazenda bandeirante, da qualidade técnica com que a fiscalização tributária é exercida pelos notários e registradores.

Adotado o lançamento por homologação, ofereceu-se à população mais agilidade no procedimento de transmissão de bens *mortis causa*, avançando-se no objetivo de torná-lo trivial, como deve ser um procedimento que envolve a maior parte dos cidadãos em algum momento de suas vidas.

Ao Estado, garante-se a arrecadação devida e o melhor direcionamento dos recursos antes empregados na fiscalização do ITCMD.

4. ALCANCE DA FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO TABELIÃO E PELO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO

Diante dos avanços trazidos pela Lei 11.441/2007, a Fazenda de São Paulo adotou posição vanguardista que torna o procedimento ainda mais célere.

Assim, forte na compreensão de que o lançamento tributário do tributo *causa mortis* passou a ser supervisionado *apenas* pelos notários e registradores, é preciso definir os contornos da fiscalização tributária realizada por estes profissionais do direito.

Além do já citado art. 134, VI, do CTN, que estabelece a responsabilidade subsidiária⁹ pelos tributos devidos nos atos praticados perante os tabeliões e oficiais em razão de seus ofícios, há outros dispositivos legais a regular essa atribuição, que elencamos a seguir:

9. Apesar da má redação, o próprio dispositivo menciona que a responsabilidade dos notários e registradores dar-se-ia nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, o que configura subsidiariedade e não solidariedade.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Lei 10.705/2000-SP:

“Art. 25. Não serão lavrados, registrados ou averbados pelo tabelião, escrivão e oficial de Registro de Imóveis, atos e termos de seu cargo, sem a prova do pagamento do imposto.”

Lei 8.935/1994:

“Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

(...)

XI – fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;

(...).”

Lei 6.015/1973:

“Art. 305. 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” (destaques nossos).

Posta a legislação aplicável, passemos ao exame da jurisprudência, assim resumida pelo MM. Dr. Marcelo Martins Berthe:¹⁰

“Na própria Lei de Registros Públicos também há dispositivo que induz o registrador à fiscalização do efetivo recolhimento dos impostos devidos em razão dos atos que tome conhecimento por motivo de seu ofício.

Relativamente à matéria, cumpre ressaltar apenas que, recentemente, interpretando essa referida norma, o Colendo Conselho Superior da Magistratura decidiu que não cabe ao registrador questionar, o *quantum debeatur*, cumprindo que neste ponto sua atividade fique cingida à verificação do recolhimento do imposto. Ficou entendido que o procedimento de dúvida não é o meio hábil para que essa matéria, relativa ao valor do tributo, seja discutida.”

Com efeito, tomemos por ilustração recente julgado sobre o tema:

“Acórdão – DJ 9000002-75.2013.8.26.0577 – ApCív 25.03.2014

Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente, impedindo-se o registro de *escritura de divórcio e partilha de bens – Recolhimento do ITCMD – Questão de natureza tributária – Não cabe ao Oficial do Registro a análise do valor dos bens imóveis partilhados para fins de determinação de recolhimento do imposto’ – Recurso provido, para que a escritura seja registrada.*

10. BERTHE, Marcelo Martins. *Títulos judiciais e o registro imobiliário*. I Encontro de Direito Registral de Franca. Disponível em: [http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/010-berthe-titulos-judiciais.pdf]. Consulta aos 26.04.2014.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Trata-se de dúvida suscitada pela Oficial do 1.º Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de São José dos Campos, sob o argumento de que a escritura de divórcio e partilha de bens lavrada pela interessada e seu ex-marido atribuiu valores equivocados aos dois imóveis que nela constam, acarretando, com isso, o não recolhimento do ITCMD.

Foram partilhados os seguintes bens: (1) um apartamento localizado em São Paulo, cujo valor venal de referência é de R\$ 524.738,00. As partes atribuíram a esse imóvel, para fins de partilha, o valor de R\$ 1.000.000,00. Tal bem ficou para o varão; (2) um veículo no valor de R\$ 43.141,00, R\$ 700.000,00 de uma conta corrente e um imóvel localizado em São José dos Campos, no valor venal de 130.826,99. A esse imóvel os interessados atribuíram o valor de R\$ 256.859,00. Esses bens, que somaram R\$ 1.000.000,00, ficaram para a varoa. Pela escritura, portanto, cada parte ficou com R\$ 1.000.000,00.

A Oficial, levando em consideração o valor venal dos imóveis, entendeu que a divorcianda, ora interessada, recebeu R\$ 349.589,99 a mais que o divorciando. Descontada a sua meação nesse montante, ainda segundo o raciocínio da Oficial, restaria recolher o ITCMD sobre o valor de R\$ 174.794,99, nos termos do art. 2.º, II e § 5.º, da Lei Estadual 10.705/2000.

Para justificar seu posicionamento, a Oficial faz considerações acerca da Lei Estadual 10.705/2000 e sobre seu dever de fiscalizar o correto recolhimento de tributos.

O MM. Juiz Corregedor Permanente acolheu as ponderações da Oficial do Registro de Imóveis e manteve a recusa do registro.

Inconformada com a respeitável decisão, a interessada interpôs recurso administrativo, invocando precedente do Conselho Superior da Magistratura, no sentido de que não é da atribuição da Oficial analisar matéria de ordem tributária.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Como já decidiu esse Conselho Superior da Magistratura, no julgamento da apelação 0002604-73.2001.8.26.0025, em voto da lavra do então Excelentíssimo Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini:

‘A falha apontada pelo Oficial envolve questão de questionamento no âmbito do direito material.

Não foi atacada a regularidade formal do título nem mesmo a temporalidade do recolhimento ou o ato em si. Ao contrário, *a exigência envolve exame substancial do montante do pagamento do imposto devido, que é atribuição dos*

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

órgãos fazendários competentes, sendo que seu questionamento mereceria a participação da Fazenda Pública, principal interessada.

Ao Oficial cabe fiscalizar, sob pena de responsabilização pessoal, a existência da arrecadação do imposto previsto e a oportunidade em que foi efetuada. O montante, desde que não seja flagrantemente equivocado, extrapola a sua função.

Neste sentido é o parecer da D. Procuradora de Justiça, citando precedente deste E. Conselho Superior da Magistratura (ApCív 996-6/6, de 09.12.2008).⁷

Com efeito, não há razão para se alterar esse posicionamento. Conquanto zelosa, a Oficial extrapolou suas atribuições. Ela não pode, substituindo-se ao Fisco, imiscuir-se na discussão sobre a correção do valor para recolhimento do imposto.

Note-se que o art. 9.º, § 1.º, da Lei Estadual 10.705/2000, estabelece que, para o fim de recolhimento de ITCMD, considera-se valor venal o valor de mercado do bem. E o art. 13, I, faz a ressalva de que, em se tratando de imóvel urbano, o valor da base de cálculo não poderá ser inferior ao fixado para lançamento do IPTU.

Ora, os interessados atribuíram, para fins de partilha, valores razoáveis aos bens, que não destoam, necessariamente, de um possível valor de venda. Logo, à primeira vista, não há uma desobediência flagrante à legislação, que, repita-se, considera como valor venal o valor de mercado.

À Oficial do Registro não é dado fazer as vezes de autoridade fiscal, desconstituindo, em última análise, o próprio sinalagma da escritura de divórcio, na medida em que, corrigindo os valores do bens, ela quebra o equilíbrio da partilha celebrada de forma equânime.

Há, também, uma *equivocada interpretação do art. 289 da Lei de Registro Públicos, do art. 25 da Lei Estadual 10.705/2000, do art. 134, VI, do Código Tributário Nacional e do art. 30, XI, da Lei 8.935/1994. O que todos esses dispositivos determinam é que o Oficial zele pelo recolhimento do tributo. Ou seja, ele não deve praticar ato sem que o tributo seja recolhido, nas hipóteses em que for obrigatório o recolhimento. Isso não quer dizer, no entanto, que caiba ao Oficial julgar qual a correta base de cálculo e se houve, segundo tal ou qual interpretação da lei e dos fatos, recolhimento a menor. De maneira alguma. Isso é atribuição que cabe à autoridade fiscal. Ao Oficial cabe, tão somente, zelar pelo recolhimento.*

Nesses termos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para determinar o registro da escritura de divórcio direto e partilha, tal como solicitado pela interessada¹¹ (grifos nossos).”

11. Ap 9000002-75.2013.8.26.0577, Comarca de São José dos Campos, Conselho Superior da Magistratura de São Paulo.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

Diante da enorme autoridade dos julgados do E. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo na matéria notarial e registral, acreditamos que o tema mereceria ser revisitado pela jurisprudência, em vista das circunstâncias atuais.

Percebe-se que a jurisprudência se assenta em longuíssima cadeia de julgados, cuja origem remonta a 01.06.1978.¹² É preciso analisar brevemente o papel da jurisprudência como fonte do direito.

De um lado, a constância dos julgados fortalece a autoridade da posição firmada. De outro, porém, processos autorreferenciais podem representar risco de que as decisões se desconectem de seus fundamentos originários. Para que se preserve a autoridade da jurisprudência, há sempre que se verificar se as circunstâncias fáticas permanecem as mesmas.

Nesse sentido, observamos que os primeiros julgados tratam exclusivamente do registro de formais de partilha, títulos judiciais, como não poderia deixar de ser, àqueles tempos muito anteriores à Lei 11.441/2007, e mais ainda ao Dec. Estadual/SP 56.693/2011.

Realmente, sequer havia possibilidade do inventário e partilha notariais, muito menos de que o lançamento tributário do ITCMD bandeirante ocorresse por homologação, sem qualquer participação da autoridade fazendária, em prestígio e em confiança à fiscalização exercida pelos notários e registradores paulistas.

Por essa razão, parece necessária a releitura da jurisprudência acerca da matéria em questão. Se atualmente o fisco não participa do lançamento tributário do imposto *causa mortis* recolhido extrajudicialmente, já não se sustentam as razões fáticas que inspiraram os primitivos julgados, a saber:

“a) *as guias de recolhimento foram visadas pelo fisco estadual*. Não compete ao oficial do Registro de Imóveis afirmar que o imposto deve ser este ou aquele; *desde que há prova do recolhimento, ‘tollitur quaestio’* – ApCív 268.549, Comarca de São Bernardo do Campo (DJ 01.06.1978).”

12. A Ap 9000002-75.2013.8.26.0577, Comarca de São José dos Campos (DJ 25.03.2014) faz referência à ApCív 0002604-73.2011.8.26.0025, da Comarca de Angatuba (DJ 05.11.2012), que por sua vez baseia-se na autoridade do decidido na ApCív 996-6/6, da Comarca da Capital (DJ 09.12.2008), a qual, a seu turno, fundamenta sua autoridade em dois julgados da lavra do E. Des. Antônio Carlos Alves Braga, a saber, ApCív 28.382-0/7 (DJ 07.11.1995) e ApCív 22.679-0/9 (DJ 23.06.1995), ambos da Comarca da Capital de São Paulo. Finalmente, as decisões do Dr. Alves Braga se reportam ao sedimentado nas ApCív 12.062-0/5, Comarca de Espírito Santo do Pinhal (DJ 26.02.1991) e ApCív 268.549, Comarca de São Bernardo do Campo (DJ 01.06.1978).

“b) A questão avulta quando se tem em conta que, como *no caso*, o valor do imposto já foi objeto de apreciação nos autos do inventário. Naquele feito seria possível à Fazenda Pública impugnar o valor recolhido, sem prejuízo do meio legal para a cobrança de eventual diferença que entenda devida (cf. arts. 1.003 a 1013 e 1034, § 2.º, todos do CPC). ApCív 22.679-0/9 (DJ 23.06.1995).”

“c) Com efeito, qualquer diferença de imposto deve ser reclamada pela Fazenda na esfera própria. Isto sobretudo, a uma, *cuidando-se de título judicial, resultante de decisão homologatória e de expedição de formal levada à ciência da Administração* (f. 57)”. ApCív 28.382-0/7 (DJ 07.11.1995) (grifos nossos).”

Nota-se, assim, que a posição tão sedimentada de que *ao registrador cabe apenas verificar o recolhimento do imposto, mas não a sua correção* tinha por alicerce a realidade de lançamento misto do ITCMD, do qual participavam o contribuinte e o próprio fisco. Dessa forma, a autoridade fiscal ou homologava a guia de recolhimento, ou dispunha de meios para o lançamento da diferença que entendesse devida, se afinal insatisfeita.

Em circunstâncias tais, realmente, não faria sentido que o registrador de imóveis obstasse o ingresso do título por entender, digamos, diversamente do próprio fisco, que a guia homologada ostentava valor insuficiente!

Como bem definiu o julgado mais antigo da série, *se as guias de recolhimento foram visadas pelo fisco estadual, acabou-se a questão* (ApCiv 268.549, Comarca de São Bernardo do Campo, DJ 01.06.1978).

Diversamente, desde 2007 é possível o inventário e partilha serem processados perante o tabelião de notas. Além disso, desde 2011, em iniciativa inédita da Fazenda de São Paulo, passou-se a permitir o lançamento do ITCMD sem qualquer participação da autoridade fiscal, desde que sob a supervisão de um notário paulista.

Adotado o lançamento por homologação, ofereceu-se à população mais agilidade no procedimento de transmissão de bens *mortis causa* e, ao Estado, o direcionamento mais eficiente dos recursos antes empregados na fiscalização.

Como visto, a iniciativa reflete o sucesso da Lei 11.441/2007 e o patente reconhecimento, por parte do fisco bandeirante, da qualidade técnica da supervisão tributária exercida pelos notários e registradores.

Dada a realidade atual, portanto, a fiscalização tão somente da existência do recolhimento oferece riscos ao esperado funcionamento do sistema inaugurado pela Lei 11.441/2007 e, eventualmente, pode macular a confiança depositada pela Fazenda de São Paulo no processamento do inventário e partilha extrajudiciais.

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

De fato, não parece se sustentar que ao tabelião e ao registrador de imóveis caiba apenas verificar se houve o recolhimento do tributo ao tempo devido, não se lhes importando a correção do *quantum*, pois estes profissionais do direito são os únicos representantes da autoridade estatal a atuar no inventário consensual, do qual já não participaram nem o juiz togado, nem a autoridade fiscal.

Assim, nada obsta que o registrador adentre aspectos materiais da escritura pública de inventário e partilha, como é o caso da correção da apuração do ITCMD, pois não se trata de título judicial sobre cujos aspectos de mérito se operou a coisa julgada.

De fato, compete aos oficiais imobiliários o exame da legalidade plena dos títulos que lhes são apresentados, sem quaisquer limitações materiais. Circunscreve-se, isto sim, o exame do registrador aos aspectos intrínsecos, ou seja, àquilo que se verifica do exame dos próprios instrumentos e documentos que os acompanham.

Não se trata, porém, de limitação de escopo no exame da legalidade, que é pleno, mas de barreira ao conhecimento de questões extrínsecas que demandassem exame de provas alheias ao que consta do título. A fiscalização tributária, no entanto, é exercitada a partir do exame documental.

Finalmente, o art. 289 da Lei de Registros Públicos determina aos oficiais de registro *rigorosa* fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício.

Rigorosa fiscalização tributária não parece ser, ao menos em primeiro exame, zelar apenas que seja recolhido o tributo, abstraindo-se, porém, de considerar se correta a base de cálculo, ou se houve recolhimento a menor. Supervisão que fosse exercida nestes termos nos pareceria, ao revés, permissiva e branda.

Imagine-se, por exemplo, que a parte e o tabelião, por equívoco, não tenham observado os valores médios das propriedades aferidos pelo Instituto de Economia Agrícola – IEA, definidos pela legislação como patamares mínimos para a avaliação de imóveis rurais para fins da base de cálculo do ITCMD.¹³ É

13. Portaria Estadual (SP) CAT 15/2003:

“Art. 16-A – na hipótese de transmissão “causa mortis” ou de doação de bem imóvel ou direito a ele relativo, a base de cálculo do ITCMD é o valor venal do bem imóvel, assim considerado o seu valor de mercado na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

Parágrafo Único – para fins de determinação da base de cálculo de que trata o caput deste artigo, será admitido, em se tratando de imóvel:

1 – rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pelo Instituto de Economia Agrícola da Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

o caso debatido nos autos da ApCív 0002604-73.2011.8.26.0025, Comarca de Angatuba (DJ 05.11.2012).

Necessário ter em mente que os valores médios divulgados pelo IEA se aproximam do valor real de mercado, ou seja, do conceito de valor venal definido na legislação.¹⁴ Assim, na prática, costumam se apresentar bastante superiores aos valores atribuídos para fins do Imposto Territorial Rural – ITR, objeto de declaração dos próprios contribuintes.¹⁵

Dessa forma, se certo notário não orientasse as partes a tomar em conta os valores apurados pelo IEA, os custos totais apresentados aos interessados seriam comparativamente inferiores aos aventados pelos demais tabeliães, que exigissem o pleno cumprimento da lei.

Como às partes é livre a escolha do notário e por vezes, de boa-fé, ignoram os aspectos técnicos a envolver seus negócios jurídicos, é de supor que possam escolher aquele que lhes apresentou a via econômica, mormente se a diferença é significativa. O notário que desconhece ou não exige a aplicação da lei pode, inversamente, ser considerado mais competente ou até mesmo mais honesto, diante dos valores a maior apresentados pelos demais.

Desejável, portanto, que o registrador de imóveis exerça o controle que naturalmente lhe cabe sobre os títulos notariais. O tabelião é profissional jurídico de versatilidade ímpar porque goza, ao mesmo tempo, da confiança dos par-

ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, desde que não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR.”

14. Lei Estadual/SP 10.705/2000:

“Art. 9.º A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1.º Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. (...)”

15. Lei 9.393/1996:

“Art. 8.º O contribuinte do ITR entregará, obrigatoriamente, em cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR – DIAT, correspondente a cada imóvel, observadas data e condições fixadas pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1.º O contribuinte declarará, no DIAT, o Valor da Terra Nua – VTN correspondente ao imóvel.

§ 2.º O VTN refletirá o preço de mercado de terras, apurado em 1.º de janeiro do ano a que se referir o DIAT, e será considerado *autoavaliação* da terra nua a preço de mercado.”

MARTINS, Sergio Ávila Doria. Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 239-256. São Paulo: jan.-jun. 2015.

ticulares e da confiança do poder, que lhe confere uma parcela da autoridade pública.¹⁶ No entanto, é a qualificação registral que representa a segurança da propriedade, justamente porque o oficial não pode ser eleito pelas partes.

Como resume Emanuel Costa Santos, um dos traços comuns que associam o registro imobiliário brasileiro ao modelo adotado em diversos países é a fiscalização tributária.¹⁷

5. CONCLUSÃO

Vimos que a Lei 11.441/2007 possibilitou a realização do inventário e partilha extrajudiciais, o que intensificou a atuação dos notários e registradores nestes procedimentos de jurisdição voluntária.

Em seguida, concluímos que o fisco estadual teve por despicie sua participação no lançamento do ITCMD, transformando-o em tributo por homologação, desde que sob a supervisão de um tabelião paulista, nos termos das alterações incluídas pelo Dec. 56.693/2011.

Dessa forma, os notários e registradores são os únicos representantes da autoridade estatal a participar dos inventários e partilhas extrajudiciais.

Em virtude do novo paradigma, tanto o notário quanto o oficial devem exercer rigorosa fiscalização tributária quanto aos negócios que lhes forem apresentados em razão de seu ofício, assim compreendida não só a verificação do recolhimento do tributo ao tempo devido, mas também a incidência de isenções, a correção da base de cálculo e do *quantum* efetivamente pago.

A supervisão tributária plena corresponde ao que a sociedade espera destes profissionais do direito, que assim prestam serviço de inegável utilidade pública e fortalecem sua atuação em defesa da segurança jurídica.

16. Proc. 2012/162132 – Capital – Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo. Parecer 486/2012-E. Exposição de motivos ao Provimento CG 40/2012 – Altera a redação do capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

17. Traços comuns que associam a atual opção brasileira ao modelo adotado em diversos países são, exemplificativamente: (i) implemento do princípio constitucional da segurança jurídica preventiva, pela aplicação do também fundamental princípio da legalidade, caracterizado aquele pelo binômio previsibilidade-estabilidade; (ii) desoneração do Estado, sendo fonte de custeio único os emolumentos pagos pelo cidadão que efetivamente se utiliza do sistema; (iii) responsabilização civil do notário ou do registrador; (iv) fé pública; (v) eficiência própria da gestão privada; (vi) desnecessidade de seguro para garantia dos direitos inscritos; e (vii) fiscalização tributária. Disponível em: [http://jpst.it/x1V7]. Consulta em: 01.03.2015.

Para nós, portanto, a rigorosa fiscalização tributária, nos termos do art. 289 da Lei de Registros Públicos, é a única resposta que corresponde à confiança e aos anseios depositados nos serviços extrajudiciais pela Lei 11.441/2007 e pelo Dec. Estadual/SP 56.693/2011.

Além disso, é a resposta que consolida a vocação dos notários e registradores aos procedimentos de jurisdição voluntária, tendência que há de se aprofundar.

Apesar de representar acréscimo relevante de responsabilidades, a fiscalização tributária tradicionalmente se insere nas atividades do Registro de Imóveis, que tanto mais forte será quanto mais útil a qualificação exercida pelo Oficial.

6. REFERÊNCIAS

- Ap 9000002-75.2013.8.26.0577, Comarca de São José dos Campos (DJ 25.03.2014).
- Ap 9000002-75.2013.8.26.0577, Comarca de São José dos Campos, Conselho Superior da Magistratura de São Paulo.
- ApCiv 0002604-73.2011.8.26.0025, da Comarca de Angatuba (DJ 05.11.2012).
- ApCiv 996-6/6, da Comarca da Capital (DJ 09.12.2008).
- ApCiv 28.382-0/7 (DJ 07.11.1995), Comarca da Capital.
- ApCiv 22.679-0/9 (DJ 23.06.1995), Comarca da Capital.
- ApCiv 12.062-0/5, Comarca de Espírito Santo do Pinhal (DJ 26.02.1991).
- ApCiv 268.549, Comarca de São Bernardo do Campo (DJ 01.06.1978).
- BERTHE, Marcelo Martins. *Títulos judiciais e o registro imobiliário*. I Encontro de Direito Registral de Franca. Disponível em: [<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/010-berthe-titulos-judiciais.pdf>]. Consulta em: 26.04.2014.
- EM 00183/MJ. Disponível em: [www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2334]. Consulta em: 23.04.2014.
- Lei Estadual (SP) 10.705/2000.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas:Millennium, 2000.
- Organização dos Notários Europeus. Disponível em: [www.notaries-of-europe.eu/notary-s-role/overview]. Acesso em: 26.04.2014.
- Parecer 486/2012-E. Exposição de motivos ao Provimento CG 40/2012 – Altera a redação do capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.
- Regulamento do ITCMD paulista, aprovado pelo Dec. 46.655/2002, com redação dada pelo Dec. 56.693/2011.

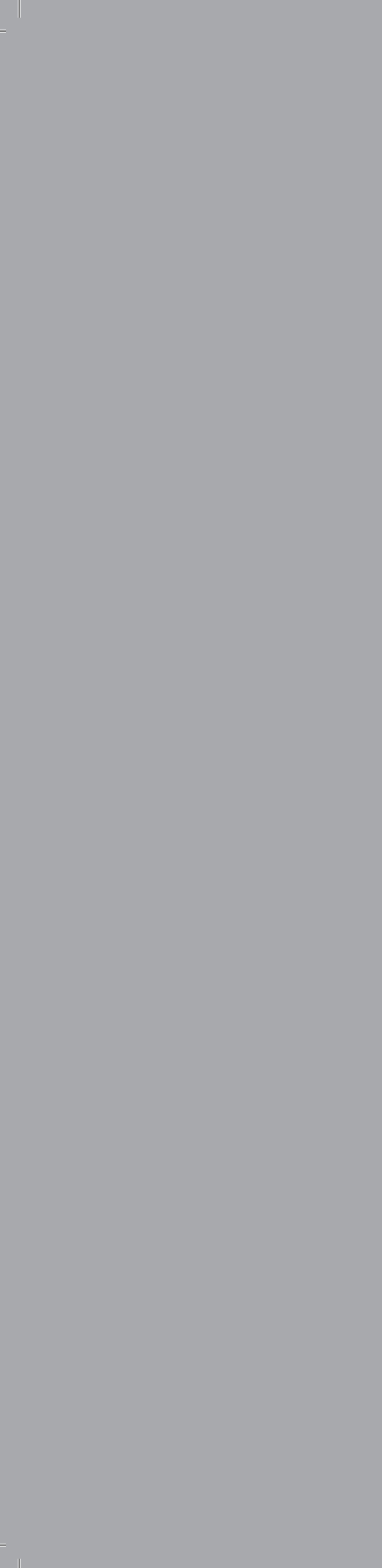
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, de Renato Luís Benucci – *RDI* 74/239 (DTR\2013\3824);
- Impostos devidos por atos passíveis de registro fiscalização de seu pagamento pelo oficial de registro de imóveis – Limites, de Walter Cruz Swensson, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/1405 (DTR\2012\830); e
- ITBI. Momento do recolhimento. Embargos e execução provisória. Fiscalização do oficial do registro. *Quantum debeat*, de Venício Antonio de Paula Salles – *RDI* 55/382 (DTR\2011\3353).

The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping, semi-transparent circles and lines. The lines are thin and create a grid-like or mesh-like effect, particularly in the lower right quadrant. The circles are larger and more prominent, overlapping each other and the lines. The overall effect is a subtle, modern, and technical aesthetic.

Doutrina Internacional



O REGISTO ELECTRÓNICO – VANTAGENS E DESVANTAGENS

THE ELECTRONIC REGISTRATION – ADVANTAGES AND DISADVANTAGES

MADALENA TEIXEIRA

Conservadora do Registo Predial Vogal do Conselho Técnico do IRN, I.P.
mmrteixeira@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: A autora aborda a questão do registo eletrónico destacando a mudança de paradigma e os novos desafios jurídicos decorrentes deste. Aponta, ainda, a experiência portuguesa na implantação do referido sistema, bem como dos novos desafios enfrentados em relação à conservação dos dados, à prestação de serviços públicos *online* e à desmaterialização dos suportes registrais.

PALAVRAS-CHAVE: Registo eletrónico – Serviço público *online* – Competência territorial – Desmaterialização – Segurança jurídica.

ABSTRACT: The author approach the question of the electronic registration highlighting the change of paradigm and the new juridical challenges arising from it. It is also pointed the Portuguese experience in the establishment of the referred system, and the new challenges faced concerning the preservation of data, the *online* public service provision and the dematerialization of the registration's archives.

KEYWORDS: Electronic registration – *Online* public service – Territorial competence – Dematerialization – Legal certainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A experiência portuguesa – 3. As refracções da informatização do registo – 4. O novo paradigma – 5. Os novos desafios – A conservação dos dados – 6. Os novos desafios – A automação – 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Eu sei que para o tema proposto se escolheu a designação de “registo electrónico – vantagens e inconvenientes”, mas em vez de apontar as vantagens e os inconvenientes, preferia talvez sublinhar a mudança de paradigma em curso e os novos desafios jurídicos que se colocam a propósito do registo electrónico.

Isto porque a indicação das vantagens e das desvantagens sugere que, após ponderação dos argumentos, possamos “escolher” entre continuar com o suporte de papel ou avançar para o suporte electrónico.

Ora, com muita dificuldade se compreenderia que, em plena *Sociedade da Informação*, a actividade registal continuasse apegada ao suporte de papel e

enquistada num modelo mecanicista e burocrático de relacionamento com os cidadãos e com os outros serviços.

A verdade é que o registo electrónico é hoje uma *inevitabilidade*.

E, a meu ver, assim terá de ser em qualquer caso, seja qual for o país ou o sistema de registo implementado.

Falamos da *desmaterialização* dos suportes registais, com a informatização dos registos e o arquivo electrónico dos documentos, mas falamos também da disponibilidade de serviços públicos *online*.

A disponibilidade do serviço público *online* é, aliás, o indicador principal do nível de *maturidade electrónica* da actividade registal.

De acordo com a escala proposta no âmbito dos trabalhos da União Europeia, o nível de *maturidade electrónica* de um serviço público pode ir da simples prestação da informação necessária para cada procedimento até à possibilidade de obter o serviço público de forma completa através de sítio na Internet.¹

Não creio que o escopo do registo predial, pelos menos, tal como registadores e académicos do direito privado o compreendem, possa acomodar-se com facilidade numa prestação *automatizada* do serviço de registo, mas também não se pode vedar aos cidadãos e aos agentes económicos as oportunidades da Sociedade da Informação.

Ainda assim, quando se tomam as decisões legislativas em matéria de *registo electrónico*, importante é compreender que o registo não é só execução; o registo predial é antes de mais decisão e aplicação do direito, pelo que aglutiná-lo no conceito de “serviço público de formulário”, pondo a tónica na celeridade e alheando-se da qualidade, é, a meu ver, comprometer a prazo a razão da sua existência, ao menos como garante da segurança do comércio jurídico imobiliário.

Seja qual for o caminho, o *plano tecnológico* também não pode nunca alhear-se das qualidades anexas ao sistema de registo em presença e ao modelo, público ou privado, de organização e de funcionamento dos respectivos serviços.

O caminho para a informatização do registo não tem que ser sempre o mesmo em todos os países.

Há que decidir, por exemplo, se cabe uma *base de dados central* que faculte a pesquisa, o acesso e o conhecimento da informação em arquivo por parte de

1. Fase 1 – Informação; Fase 2 – Interacção num só sentido; Fase 3 – Interacção nos dois sentidos; Fase 4 – Transacção através da resolução plena do serviço de forma electrónica.

todos os serviços, ou se, ao invés, a cada serviço de registo cabe uma *base de dados diferenciada*, assente na competência territorial e na função de *conservação* da informação que desde sempre se atribuiu ao registador.

Há que decidir se a informação registal deve pertencer a todos os serviços de registo ou a uma *terceira entidade*, ou se, ao invés, cada serviço, com competência exclusiva para a publicitação da situação jurídica dos prédios localizados na área da sua intervenção deve ser *tutor único* da informação e o principal *responsável pela conservação e segurança da informação que lhe foi confiada pelos particulares*.

Por um lado, não é difícil sinalizar a vantagem que a *centralização da informação* confere no plano da uniformidade e da facilidade de utilização, potenciada pela existência de “janelas únicas” de acesso à informação e ao serviço prestado.

No entanto, muito se poderá perder em termos de *identidade*, de *autonomia* e até de *velocidade* e de *agilidade*.

Por outro lado, nenhum serviço de registo está condenado à condição de *silo de informação* isolado dos demais. Por isso, não custa admitir a criação de cadeias de valor entre os diversos serviços, designadamente através da *interoperabilidade tecnológica*.

2. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Em Portugal optou-se pela criação de “*bases de dados centrais com capacidade para suportar acessos descentralizados, oriundos dos vários serviços, para a elaboração de actos, alterações, consulta de dados e emissão de documentos*”.

Nesta opção política, não terá sido indiferente o facto de os serviços de registo predial integrarem a Administração Pública; de se encontrarem, portanto, sob a tutela do poder executivo e de, nessa condição, participarem no puzzle da informação gerida pelo Estado.

Munidos de plataformas e sistemas electrónicos especialmente concebidos para o efeito, os registos civil, predial e comercial são hoje recebidos, processados e conservados em ambiente informático.

A *desmaterialização* é hoje uma realidade irreversível. Só por “absoluto colapso electrónico” se concebe o regresso ao “papel”.

Entre nós, o *registo electrónico* deu também o *ensejo* para a eliminação da competência territorial. O registo predial passou a funcionar como *serviço único nacional*, pulverizado em diversos “pontos de atendimento”.

Porém, há que dizê-lo, a eliminação da competência territorial não é uma *inevitabilidade* do registo electrónico.

TEIXEIRA, Madalena. O registo electrónico – Vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Podíamos ter, e tivemos durante algum tempo, registo electrónico e competência territorial.

Mas hoje o interessado é que escolhe o serviço de registo que, segundo a sua perspectiva, lhe permitirá alcançar o resultado pretendido, ou seja, a feitura do registo nos termos requeridos, com a rapidez e a economia de esforços que melhor lhe convém.

Não falta quem reaja a esta eliminação da competência territorial, invocando o perigo de *fuga* para um serviço de registo mais favorável à qualificação registal pretendida, nem sempre pelas melhores razões.

Também não falta quem lembre a relevância do “registador natural”, pondo-se o foco negativo da eliminação da competência territorial na possibilidade de uma “arbitrária manipulação da competência para decidir”.

Em contraponto invoca-se que a decisão do conservador não faz caso julgado; que o conservador não faz o *acertamento jurídico* dos direitos que publicita; e que os actos de registo são sindicáveis a todo o tempo, quer por meios intra-sistemáticos, como é o processo de rectificação, quer por via judicial.

3. AS REFRACÇÕES DA INFORMATIZAÇÃO DO REGISTO

Seja como for, foi nesta lógica de eliminação de *barreiras territoriais* que se desenvolveu o modelo de informatização do registo predial português.

Com a informatização dos registos e do diário, criou-se também o pano de fundo para o *pedido electrónico* e para a criação do “balcão único”.

Permite-se o *pedido electrónico* a qualquer hora e em qualquer lugar e a sua anotação no diário a qualquer hora e de forma automática.

A coberto dos *recursos tecnológicos*, permitem-se também soluções combinadas de titulação e registo em atendimento presencial único, realizando-se aí, num só ponto e a um só tempo, todas as operações relativas à transmissão, oneração e registo de prédios (balcão casa pronta), à partilha por óbito ou por divórcio (balcão das heranças e partilhas) ou à constituição de sociedades (ENH).

Consoante a urgência na realização dos negócios jurídicos e a sua complexidade, assim se pode optar por contratos de modelo pré-aprovado a que as partes aderem, ou por contratos de conteúdo *construído* pelas partes, ambos formalizados em documento autêntico e em balcões onde, em acto contínuo, se procede ao registo dos factos jurídicos constituídos.

TEIXEIRA, Madalena. O registo electrónico – Vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

4. O NOVO PARADIGMA

O *meio tecnológico* surge assim como ampliador ou acelerador dos processos existentes.

Mc Luhan escreveu no seu livro “*Comprender os Meios de Comunicação*” que a “mensagem” da tecnologia é a mudança de escala, de ritmo ou de estrutura introduzida nos assuntos humanos.

Ora, “a mensagem” surge aqui como mudança de paradigmas contratuais, modificação do ritmo e do fluxo da informação registal, ampliação das vias e dos acessos, eliminação do *espaço físico ou geográfico* com factor determinante e economia de *tempo* e de *esforço* como critérios fundamentais dos processos de formação da vontade. *Aprende-se a viver na era da tecnologia*.

Do lado do receptor, ou serviço de registo, a acção deixa de estar limitada pelo espaço físico ou geográfico. Basta o acesso à informação concentrada numa base de dados.

Também “o tempo” ou “o horário de funcionamento”, assente num padrão de atendimento presencial, começa a perder relevância.

Uma das valências associadas à *desmaterialização* e ao uso dos *meios electrónicos* tem sido precisamente a efectivação do “princípio da continuidade dos serviços públicos”, a funcionar 24 horas por dia, numa lógica de “serviço público intermitente”, onde a mão de obra humana é substituída pela “máquina”.

Também do lado do emissor, ou requerente, o meio tecnológico acaba por *configurar e controlar a acção*.

Não foi por acaso, nem terá sido só pelo benefício emolumentar, que desde a implementação do registo *online* tenham sido requeridos por esta via mais de “1 milhão” de pedidos e que até hoje tenham sido realizados mais de “400.000” procedimentos no balcão “Casa Pronta”.

A verdade é que, a coberto do “deslumbramento tecnológico”, a instância de registo deixa de ser lida como uma relação entre pessoas, num dado espaço físico, processada em discurso oral e limitada por um “horário de atendimento”, para redundar numa relação com a “máquina”, segundo uma linguagem estruturada em campos fechados, a *qualquer hora* e em *qualquer parte do mundo*.

Por outro lado, a lógica de balcão único, alicerçada nos *recursos tecnológicos*, tende a operar uma alteração dos processos de contratação, em que o conteúdo negocial deixa de ser o resultado de vontades construídas pelas partes para passar a ser um conteúdo *tipo* pré-definido por terceiro ao qual que se adere.

TEIXEIRA, Madalena. O registo electrónico – Vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Nestes procedimentos em balcão único, com adesão a um contrato de modelo pré-aprovado, o acto de qualificação deixa de ser um juízo de legalidade sobre um documento trazido a registo, para se colocar como um acto de verificação de pressupostos procedimentais que, com a evolução dos sistemas informáticos, não custa ver *automatizado*.

Já Einstein dizia que o *progresso tecnológico resulta mais frequentemente em maior desemprego do que no alívio do fardo do trabalho para todos*.

O próprio paradigma da execução do registo também se altera.

A *neutralidade* do sistema informático cede diante das demandas de bases de dados relacionais que não se compadecem com campos abertos.

O “campo de texto livre”, as variações semânticas ou a escolha subjectiva dos termos a utilizar na feitura do registo aparecem como “um buraco negro” que dificulta ou impede a pesquisa, o registo estatístico, a recuperação da informação e sua exportação automática para outras entidades.

O *direito* deixa de ser publicitado nos precisos termos em que o aplicador o entende para passar a ser divulgado como o sistema informático o consente.

Ora, nesta medida, nenhuma *intercambialidade* existe entre o registo electrónico e o registo em suporte de papel.

5. OS NOVOS DESAFIOS – A CONSERVAÇÃO DOS DADOS

A verdade é que o *registo electrónico* traz consigo um novo paradigma e, com este, novos desafios jurídicos.

A *desmaterialização* do registo predial altera necessariamente o padrão de produção, de conservação e de segurança da informação.

O que fazer agora em caso de “manipulação do conteúdo registal”?

A quem imputar o prejuízo ou o dano?

Em que vício, daqueles que se encontram tipificados no Código do Registo Predial, pode ser enquadrada uma modificação do conteúdo do registo, operada de forma abusiva, mediante substituição de informação verdadeira por informação falsa, e sem a aparência ou qualquer sinal que denuncie a manipulação?

Claro que temos de resolver o problema e encontrar uma solução jurídica.

Mas, seja qual for a solução encontrada, não eram situações como esta que o legislador do Código do Registo Predial tinha em mente quando fixou e caracterizou os vícios do registo e estabeleceu as vias de os expurgar ou remediar.

TEIXEIRA, Madalena. O registo electrónico – Vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

A verdade é que disciplina jurídica, tanto a dos vícios do registo como a da reconstituição da informação registal supunha o suporte de papel e não está preparada para dar resposta bastante às transformações ditadas pela *desmaterialização*.

6. OS NOVOS DESAFIOS – A AUTOMAÇÃO

E quando se delega no computador uma qualquer decisão relativa ao processo de registo?

A quem imputar a decisão produzida por automatismo informático?

Quem se responsabiliza, por exemplo, pela *decisão automática* de eliminação do pedido de registo *online* por não ter sido recebida a informação do pagamento dentro do prazo?

Não podemos dizer que não há aqui uma decisão e, com isso, negar uma garantia impugnatória ao requerente.

A decisão existe e é impugnável, só que não constitui já o resultado de uma apreciação feita pelo conservador perante o *caso concreto*, mas um *output* obtido a partir de dados introduzidos num determinado programa informático (*input*).

Não será adequado dizer que a decisão é da “máquina”, e não do homem, como se a actuação da “máquina” não tivesse a suportá-la um comportamento humano.

Só que este comportamento, por não ser directamente realizado por um indivíduo, não é imputável à actuação do funcionário *x* ou *y*.

Como conciliar juridicamente esta nova realidade, na falta de uma regulamentação específica?

7. CONCLUSÃO

Estas são, sem dúvida, manifestações explícitas de uma mudança que nos leva a novas discussões em torno da segurança jurídica e da responsabilidade civil extracontratual; que nos obrigam a encarar a nova realidade e a actuar sobre ela.

Em síntese, diria que:

– Não vale a pena pensar o *registo electrónico* como uma mera substituição de suportes: onde havia papel passa a haver o ficheiro informático.

– Também não basta intuir a mudança de paradigma em curso.

TEIXEIRA, Madalena. O registo electrónico – Vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

– Há que entender que as coisas estão a mudar muito rapidamente e em várias direcções.

– Há que gizar novas soluções jurídicas.

Como há dias bem observou um colega brasileiro atento “*cuidemos de construir um bom paradigma. Doutra forma, amanhã ainda estaremos discutindo o ontem*”.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa, de Afonso Patrão – *RDI* 71/241-304, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/23-86 (DTR\2011\5204); e
- A economia digital e as oportunidades para a actividade registral, de Sandra Pinto – *RDI* 61/139, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/1247 (DTR\2006\440).

Trabalhos Forenses

ARRECAÇÃO DE IMÓVEL URBANO ABANDONADO

ABANDONED URBAN PROPERTY COLLECTION

MILTON PARDO FILHO

Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito do UniToledo/Araçatuba-SP.
Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos de Araçatuba-SP.
tonpardo@terra.com.br

ANNA PAULA GROSSI

Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.
Servidora pública da Procuradoria Municipal de Araçatuba-SP. Advogada.
annapgrossi@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Constitucional; Imobiliário e Registral.

RESUMO: Trata o presente trabalho científico da análise do instituto da arrecadação de imóvel urbano abandonado, sobretudo, com a finalidade de concretizar a determinação constitucional da função social da propriedade, principal ditame inovador deste direito patrimonial tão visado no ordenamento brasileiro. A ideia é demonstrar a aplicação concreta do Princípio da Socialidade, inerente às novas concepções de direito civil, cujo contexto jurídico atual encontra-se intimamente ligado à ideia de despatrimonialização. O instituto previsto no artigo 589, § 2.º, do CC/2002 é considerado de grande valia nesta discussão, pretendendo o presente artigo demonstrar suas peculiaridades e utilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil – Imóvel abandonado – Função social – Propriedade urbana.

ABSTRACT: The following scientific paper is an analysis on the Abandoned Urban Property Collection Institute with the whole purpose of completing determination of the social property's constitutional function, main innovator dictate of this targeted ownership right in the Brazilian legal system. The idea is to demonstrate the practical application of the sociality principle, inherent to the new civil right conceptions, which current legal framework is closely linked to the idea of "disownership". The purpose, provided by Brazilian civil law, is considered of great value in this discussion, having this paper the intent of demonstrating its peculiarities and utilities.

KEYWORDS: Civil Law – Abandoned property – Social role – Urban property.

O imóvel urbano abandonado é aquele com ausência de posse, sem conservação (muitas vezes em ruína) e sobretudo sem o devido pagamento de IPTU. Certamente causa inúmeros transtornos à comunidade local (vizinhos), tais como: local de proliferação de agentes vetores de doenças epidemiológicas (dengue), local para uso de droga e/ou prática de sexo, local de depósito de lixo, entre outros.

É de rigor que o Município providencie a notificação do proprietário do referido prédio para que proceda com as devidas ocupação e conservação, inclusive a propositura da inexorável cobrança do IPTU em aberto por meio extrajudicial e até judicial.

Ocorre que muitas vezes, na prática, o proprietário nem sequer é encontrado ou, quando encontrado, queda-se inerte e não atende as exigências legais requeridas pela Administração Pública Municipal. Assim sendo, qual deve ser o próximo passo a ser tomado pela Municipalidade?

O breve e presente estudo busca analisar à luz do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente – mormente o que dispõe o art. 1.276 do CC/2002, as questões concernentes ao Instituto do Abandono, sob o enfoque da função social da propriedade imóvel urbana, em razão da possibilidade do Município promover a arrecadação administrativa ou judicial de imóveis urbanos abandonados, assim como a conseguinte incorporação destes bens ao patrimônio público municipal.

Nesse sentido, convém ressaltar que, como um dos modos de perda da propriedade imóvel, o Instituto do Abandono já estava presente na redação do Código Civil de 1916 (art. 589, § 2.º), com a inclusão estabelecida pela Lei 6.969/1981.

“Art. 589. Além das causas de extinção considerada neste Código, também se perde a propriedade imóvel:

(...)

III – pelo abandono;

(...)

§ 2.º O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago e passará ao domínio do Estado, do Território ou do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições:

a) 10 (dez) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona urbana.

(...).”

Em essência, o novo Código Civil (Lei 10.406/2002) manteve o instituto, promovendo modificações em relação ao tempo (03 anos), e incluindo (1) os Municípios como beneficiários dos imóveis urbanos abandonados e arrecadados como bens vagos, e (2) o requisito referente a não satisfação dos ônus fiscais, como presunção absoluta de abandono, conforme podemos observar abaixo:

“Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a *intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem,*

PARDO FILHO, Milton; GROSSI, Anna Paula. Arrecadação de imóvel urbano abandonado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 269-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1.º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2.º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, *cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais*” (destaques do autor).

Pode-se verificar que, para a caracterização do *Instituto do Abandono* de bem imóvel urbano, os elementos determinantes são: (1) a intenção do proprietário não mais o conservar em seu patrimônio, deixando de utilizar e/ou possuir (não conservação); (2) a ausência de posse de outrem ou terceiro; e (3) a não satisfação dos ônus fiscais.

Como já adiantado no prelúdio, verifica-se que muitos imóveis urbanos abandonados acabam servindo para diversas externalidades negativas, como por exemplo, transformando-se em depósito de lixo, em local de vetores de doenças epidemiológicas, de risco de desabamento, de depósitos de mercadorias ilegais, de local de encontro para viciados em drogas, de local para sexo, entre outros.

O certo é o Município por meio de expediente administrativo constatar que o imóvel urbano em questão está abandonado, sem conservação adequada, com ausência de posse tanto do proprietário como de terceiro, e ainda, sem a satisfação dos ônus fiscais (IPTU).

Além de poder sancionar o proprietário de imóvel urbano negligente com o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação sancionatória, com base nos arts. 182, § 4.º, I, II e III, da CF/1988 e 5.º, 6.º e 7.º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a Administração Pública Municipal pode e deve, por razões de relevante interesse público e também em nome da efetivação da função social da propriedade, valer-se do *Instituto do Abandono*, toda vez que estiver comprovada a não conservação, a ausência de posse (tanto do proprietário quanto de terceiro) e o não pagamento dos ônus fiscais (IPTU).

De acordo com as instruções do Ministério das Cidades,¹ os Municípios devem cumprir o disposto no art. 1.276 do CC/2002 da seguinte forma: (a) promover um levantamento de imóveis abandonados; (b) instaurar um processo administrativo de arrecadação para cada imóvel abandonado, instruindo-

1. Disponível em: [www.cidades.gov.br].

-o com prova da omissão no pagamento do IPTU e informações do setor de fiscalização (inclusive fotografias); (c) notificar o proprietário, pessoalmente por funcionário da Prefeitura (Lei 10.257/2001, art. 5.º, § 3.º, I); (d) após, proferir decisão administrativa, decretando (ou não) a arrecadação como bem abandonado.

No caso de proprietário de imóvel urbano não encontrado nem notificado, não pode ser descartado o devido processo legal (contraditório e ampla defesa – art. 5.º, LIV, da CF/1988), razão pela qual a Administração Pública Municipal deve ingressar em Juízo, munida das informações e documentos comprobatórios do abandono do imóvel urbano (não conservação, ausência de posse e não satisfação dos ônus fiscais), visando a obtenção de sentença declaratória de arrecadação de bem vago, com imediata imissão provisória na posse da *res derelicta* pelo Poder Público Municipal, para que após o prazo de 03 anos seja o imóvel arrecadado incorporado em definitivo ao patrimônio público.

Frisa-se que a sentença declaratória de arrecadação de bem vago transitada em julgado com a competente certificação do decurso do prazo de 03 anos deverá servir de título hábil para o Cartório de Registro Imobiliário providenciar o registro, por analogia à sentença que declara usucapido determinável imóvel, nos moldes dos arts. 1.238 e 1.241, parágrafo único, do CC/2002.

“Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por ‘sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.’

(...)

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. ‘A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis’” (destaques do autor).

Importante ressaltar que a medida judicial em tela caberia no caso de a Municipalidade não lograr êxito em encontrar e notificar o proprietário. Isto porque, caso o proprietário seja efetivamente encontrado e notificado ele poderá evitar que o imóvel urbano abandonado arrecadado administrativamente como bem vago se incorpore ao patrimônio público municipal. Para tanto basta que o proprietário tome posse, edifique ou parcele e, além é claro, coloque em dia as obrigações fiscais.

No caso de o proprietário notificado persistir desidioso, a Municipalidade deve propor a ação supracitada para obter a declaração de arrecadação do bem imóvel urbano abandonado, entretanto, deve estar ciente de que o proprietário

citado poderá tomar posse, construir ou parcelar e satisfazer seus ônus fiscais, afastando desse modo o imóvel da possibilidade de ser arrecadado como bem vago passível de ser incorporado ao patrimônio público municipal.

A título de exemplo, imaginemos que a fiscalização municipal constata que um determinado imóvel urbano encontra-se em deterioração generalizada da construção, tais como: paredes com trincas de grandes proporções; telhado quebrado e forro em madeira apodrecida; paredes com manchas de infiltração e desprendimento do reboco; portas e janelas em processo de corrosão; instalações elétricas e hidráulicas danificadas; pisos fissurados e revestimentos com irregularidades; ... Com sujeira por toda parte em evidente estado de abandono. Enfim, com a construção em ruína. E mais, imaginemos igualmente que a Municipalidade constata que conforme resumo de débitos há um inadimplemento persistente de IPTU, ou seja, o proprietário não paga desde 1998.

A peculiaridade que abarca o presente caso hipotético supra é o fato de que a Administração Pública Municipal tentou notificar o proprietário do referido imóvel abandonado, porém, não obteve sucesso.

Na III Jornada de Direito Civil (2004), o Conselho de Justiça Federal do STJ, no Enunciado 242, dispõe que: “A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse”. Desta forma, resta clarividente a necessidade de comunicação pessoal do proprietário do imóvel urbano por meio de um processo judicial sobre as providências de interesse da administração pública municipal, assegurando-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório. Ademais, urge pontuar que o não pagamento do IPTU gera a presunção relativa de abandono e não absoluta. Por isso tão importante é possibilitar ao proprietário ocioso de, no devido processo legal, manifestar-se sobre o estado que se encontra seu imóvel. (TARTUCE, 2015, p. 962 e 963).

Destarte, cremos que a Municipalidade, se por acaso não conseguir a notificação do proprietário para tomar as providências no sentido de dar função social a sua propriedade, pode optar por uma medida judicial, tendo como opção a *ação declaratória de arrecadação de bem vago* (mais adequada a nosso ver, conforme antes já narrado) ou ao menos a ação de notificação (judicial), ressaltando-se que em ambas a chance de localização do proprietário é maior, mesmo que seja o caso de uma citação por edital.

De qualquer forma, a Municipalidade deverá instruir a medida judicial escolhida com todos os elementos caracterizadores do abandono do imóvel urbano por parte do proprietário (*animus derelinquendi*), como, por exemplo, anexar notificações e/ou autuações por infração ao Código de Postura, laudo

PARDO FILHO, Milton; GROSSI, Anna Paula. Arrecadação de imóvel urbano abandonado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 269-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

com fotografia da real situação do imóvel, e, claro, comprovação pelo órgão fazendário municipal do inadimplemento persistente dos ônus fiscais, e não apenas o inadimplemento pontual, circunstancial ou justificável.

Diante de uma solução que atende, de um lado, a finalidade específica das normas constitucionais e infraconstitucionais, e, de outro, garante a razoabilidade na decisão (devido processo legal – contraditório e ampla defesa) que determinará a perda de propriedade imobiliária urbana ante o irrefragável abandono, é importante ressaltar que o dispositivo em tela (art. 1.276, CC/2002) não pode ser usado como instrumento de confisco.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inconstitucionalidade do art. 1.276 do novo CC e a garantia do direito de propriedade, de Adolfo Mamoru Nishiyama – *RDPriv* 18/9 (DTR\2004\245); e
- O Estatuto da Cidade os novos instrumentos da política urbana, de Regina Helena Costa – *RDI* 51/81-98, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/693-713 (DTR\2001\282).

Pareceres

PREÇO VIL: IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

PARECER

EVERALDO AUGUSTO CAMBLER

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Processual

SUMÁRIO: I. Dos fatos – II. Relato do processado – III. Breve referência quanto ao regime jurídico da alienação fiduciária de bens imóveis – IV. Impossibilidade da arguição de preço vil nas arrematações efetuadas em leilões extrajudiciais regulados pela Lei 9.514/1997: IV.1 Ausência de interesse material e processual quanto ao resultado dos leilões – Resolução do contrato e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário após o transcurso do prazo para purgação da mora; IV.2 A noção de preço vil; IV.3 Afronta à boa-fé objetiva pelos devedores-fiduciantes – Caracterização da litigância de má-fé; IV.4 Os preços mínimos de arrematação previstos em lei – Impossibilidade de arguição de desconhecimento do direito – O princípio constitucional da legalidade – V. Conclusões.

Consultam-nos X, por intermédio de suas ilustres advogadas, a respeito de questões suscitadas na “*Ação declaratória cumulada com nulidade de procedimento de execução extrajudicial e de leilão de imóvel realizado por preço vil, com pedido de tutela antecipada*” promovida por Beltrano e Cicrana, na qual foi concedida medida liminar em sede de agravo de instrumento, para manutenção deles, anteriores devedores-fiduciantes, na posse do imóvel.

Diante da cronologia dos fatos e dos aspectos do sistema jurídico em vigor, a seguir especificados, apresentaremos, ao final, nossas conclusões.

I. DOS FATOS

Os então devedores-fiduciantes firmaram com o Consulente, em dezembro de 2011, *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*, para aquisi-

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

ção do prédio e respectivo terreno, situados no Estado de São Paulo, objeto da matrícula 10.101 do Serviço de Registro de Imóveis.

Para garantir o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias assumidas nesse contrato, os devedores-fiduciários alienaram ao Consulente, em caráter fiduciário, o imóvel objeto do financiamento (item 15 do *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*) nos termos e para os efeitos dos arts. 22 e ss. da Lei 9.514/1997.

Em estrito cumprimento do quanto disposto no art. 24, VI e VII, da Lei 9.514/1997, o Consulente não somente indicou, para efeito de venda em público leilão, o valor do imóvel e os critérios para a respectiva revisão (item 19.2 do *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*), como também incluiu cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 dessa mesma lei, além de explicitar o procedimento de intimação de pagamento (item 17), da consolidação da propriedade (item 18) e “os critérios de apuração do preço mínimo de venda dos imóveis em segundo leilão”, *in verbis*:

“O preço mínimo de venda dos imóveis, no segundo público leilão, equivalerá ao somatório do valor das obrigações do Comprador decorrentes deste Contrato, inclusive prêmios de seguros, tarifas e demais despesas, acrescidas dos juros e encargos moratórios incorridos até a data da realização do segundo público leilão, e dos seguintes valores que porventura não tenham sido pagos: (...)” (item 19.5).

Todas essas circunstâncias constavam do negócio jurídico firmado pelos devedores-fiduciários, foram por eles aceitas e estavam absolutamente de acordo com a legislação específica, que regula a alienação feita por eles ao Consulente, em caráter fiduciário, do imóvel objeto do financiamento e que recebeu de boa-fé a garantia oferecida, confiando que os devedores-fiduciários respeitassem a lei, o contrato, a função social da propriedade e não articulassem, de má-fé, pretensões absolutamente infundadas perante o Poder Judiciário.

Diante do inadimplemento dos devedores-fiduciários e da impossibilidade de composição amigável da dívida, buscada pelo Consulente, este requereu a competente intimação pessoal daqueles, por intermédio do Sr. Oficial de Registro de Imóveis, conforme estabelece o art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, para que purgassem a mora no prazo de quinze dias.

Regularmente intimados nos dias 01/12/2012 e 10/12/2012, os então devedores-fiduciários permaneceram inertes, permitindo “a consolidação da propriedade em favor do Consulente”, como expressamente permite o § 7.º, do art. 26, da Lei 9.514/1997, de acordo com o qual, após o transcurso do prazo de 15 dias, sem que seja feito o pagamento da dívida,

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

“(...) o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do *laudêmio*” (redação dada pela Lei 10.931/2004) (destaques do autor).

Certificado pelo Sr. Oficial do competente Registro de Imóveis o transcurso do prazo para que os fiduciantes efetuassem o pagamento, ao fiduciário, das quantias a ele devidas, foi averbada na matrícula a consolidação da propriedade, conforme previsto no referido dispositivo de lei.

Uma vez consolidada a propriedade em nome do Consulente, este promoveu público leilão extrajudicial, cumprindo o quanto disposto no art. 27 da Lei 9.514/1997, para a alienação do imóvel. Não existindo no primeiro leilão lances que superassem o valor do imóvel, estipulado na forma do inc. VI, do art. 24 da Lei 9.514/1997 – equivalente ao valor do bem constante do contrato devidamente atualizado e correspondente à época a R\$ 8 –¹ foi designado e realizado o segundo leilão extrajudicial.

Para esse segundo leilão, seria aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida e despesas, de acordo com o expressamente estipulado no art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997, *in verbis*:

“No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais” (destaques do autor).

Alcançando o valor da dívida e das despesas o montante de R\$ 3, o imóvel foi arrematado em segundo leilão pelo valor de “R\$ 4,8”, ou seja, “mais de 50% do valor do imóvel”.

Após a venda do imóvel no segundo leilão, o Consulente, em estrito cumprimento ao quanto disposto no § 4.º, do art. 27, da Lei 9.514/1997, “*devolveu aos antes devedores-fiduciantes*” o que sobejou da diferença entre o valor derivado da arrematação e o *quantum* da dívida e das despesas, correspondente à quantia de “R\$ 1,1”. Esse fato importou em recíproca quitação da dívida, sendo expedido, após três dias da arrematação, o respectivo Termo de Quitação.

Vale gizar que o Consulente, ao intimar pessoalmente os primitivos devedores-fiduciantes para purgação da mora, reiterou a consequência de eventual

1. Dispõe o art. 24, VI, da Lei 9.514/1997: “O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà: (...) VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão (...)” (destaques do autor).

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

omissão, já consignada em contrato e prevista em lei, qual seja, a resolução do contrato firmado pelas partes e a consolidação da propriedade em favor do credor.

Ao cumprir os termos do contrato e as disposições da Lei 9.514/1997, em especial os parágrafos 4.º a 6.º do art. 27, o Consulente consolidou a propriedade do imóvel, recolheu o tributo devido, realizou os leilões e, por fim, outorgou a quitação da dívida aos devedores-fiduciários, com a extinção do contrato de financiamento firmado com estes, o que possibilitou a arrematação do imóvel, em segundo leilão, por terceiro.

II. RELATO DO PROCESSADO

Atentando contra o disposto na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, no contrato firmado com o Consulente e no sistema jurídico em vigor, os devedores-fiduciários articularam pretensão declaratória, objetivando o reconhecimento da nulidade de procedimento de execução extrajudicial e de leilão de imóvel presumidamente realizado a preço vil.

Dentre os requerimentos constantes da peça exordial, consta a extravagante solicitação de produção de prova pericial, objetivando a comprovação de eventual desproporção entre o valor de mercado do imóvel e o valor de arrematação.

O MM. Magistrado de primeiro grau, com a devida *vênia*, em decisão surpreendente, deferiu a produção da prova pericial requerida, contra a qual, com absoluta razão, o Consulente manejou o AgIn 01010101, perante a Egrégia Câmara de Direito Privado, ao qual, de maneira igualmente surpreendente, negou-se seguimento em decisão monocrática, *in verbis*:

“(…) Por razão de lógica simples, pode-se afirmar ser quase impossível determinar que o juiz necessita ou não desta prova ou de outra prova, para seu próprio convencimento. A não ser em casos teratológicos, nos quais não haja qualquer dúvida sobre a necessidade desta ou daquela prova, não se afigura recomendável interferir neste campo interno de valoração intelectual de provas futuras”.²

Diante das decisões de primeiro e segundo graus, que admitiram a produção de prova pericial, para apuração de pretensa desproporção entre o valor de

2. Contra essa decisão foi interposto AgRg (Proc. n. 10101010), ao qual, da mesma forma, negou-se seguimento por manifesta improcedência, bem como REsp, mas que teve seguimento negado.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

mercado do imóvel e o valor da arrematação, sob o argumento de que aquela seria a mais indicada para aferir-se eventual ocorrência de preço vil, o Consulente solicita nosso parecer quanto à possibilidade de caracterização deste, preço vil, no âmbito da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, regulada pela Lei 9.514/1997.

III. BREVE REFERÊNCIA QUANTO AO REGIME JURÍDICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS³

Dentre as garantias reais, integrantes do sistema jurídico pátrio, apresenta-se a alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis. Nessa espécie de garantia real, transfere-se ao credor fiduciário a propriedade resolúvel de coisa móvel ou imóvel, proporcionando ao devedor-fiduciante, que preserva a posse direta, a utilidade da coisa, enquanto paga o que deve àquele.

Trata-se de uma garantia sobre coisa própria, porque o credor fiduciário se torna proprietário com a finalidade exclusiva de obter uma garantia real mobiliária ou imobiliária para o pagamento do que lhe é devido. A publicidade da garantia, obtida com o registro, assegura a produção de efeitos em relação a terceiros, o que trivialmente ocorre com as demais garantias reais.

Com a entrada em vigor da Lei 9.514, de 20.11.1997, fez-se a inserção, em nosso sistema jurídico, do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, com dupla finalidade: de um lado, promover o financiamento imobiliário em geral (art. 1.º); de outro, instituir novas garantias reais (art. 17), consubstanciadas na cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis; na caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e, em especial, na alienação fiduciária de coisa imóvel, instrumentalizando o operador do direito com um procedimento mais célere na solução do inadimplemento nas operações de financiamento imobiliário.

Destarte, a alienação fiduciária de coisa imóvel é constituída por negócio jurídico, segundo o qual o devedor-fiduciante, com o escopo de garantia, con-

3. Cf. os trabalhos de nossa lavra *O regime jurídico da alienação fiduciária em garantia após o advento da Lei 10.931/2004*, p. 247 a 255. In: Angélica Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler (coords.). *Atualidades de Direito Civil*, vol. I. Curitiba: Juruá, 2006 e Ações referentes à alienação fiduciária em garantia de bem imóvel publicado. In: Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni (coord.). *Processo imobiliário – questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis*, p. 71 a 78. São Paulo: Forense, 2011.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

trata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel, sendo certo que a garantia fiduciária imobiliária poderá abonar, não só as obrigações pactuadas no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário, mas, também, obrigações em geral, aproveitando-se, inclusive, aquela oferecida por terceiros (art. 22, *caput* e § 1.º, da Lei 9.514/1997).⁴

Do contrato de alienação fiduciária imobiliária, para gerar a eficácia que dele se espera, deverá constar, necessariamente, os seguintes elementos (art. 24 da Lei 9.514/1997): I – o valor do principal da dívida; II – o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III – a taxa de juros e os encargos incidentes; IV – a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V – a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; “a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão” (inc. VI); “a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 da Lei 9.514/1997” (inc. VII) (destaques do autor).

O contrato conterà, também, cláusula definindo o prazo de carência (art. 26, § 2.º, da Lei 9.514/1997), cujo termo final permitirá a expedição, pelo competente Oficial de Registro de Imóveis, da intimação do fiduciante, no prazo de quinze dias, a satisfazer, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades, os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituído em mora o fiduciante, “consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário” (art. 26 *caput* da Lei 9.514/1997), de maneira a permitir, uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, que este, no prazo de trinta dias, contados da data de registro da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, promova público leilão para a alienação do imóvel; bem como promova a reintegração na posse do imóvel, que será concedida

4. Nesse sentido, veja-se a Súmula 28 do STJ: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor” (destaques do autor) e a lição de Marcelo Terra: “Assim, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser o transmitente em garantia, o devedor (fiduciante), ou o credor (fiduciário) somente se lhes exigindo o requisito geral da capacidade para alienar ou para praticar atos civis” (*Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. p. 28).

liminarmente, para desocupação no prazo de sessenta dias (art. 30 da Lei 9.514/1997).⁵

A Lei 9.514/1997 prevê a realização de dois leilões: o primeiro ocorrerá 30 dias contados da data de registro, em matrícula, da consolidação da propriedade plena em nome do credor fiduciário (art. 27, *caput*, c/c art. 26, § 7.º); o segundo, dentro de 15 dias, contados da data da realização do primeiro leilão (art. 27, § 1.º). Nada impede que o devedor-fiduciante participe do leilão, não tendo ele, contudo, qualquer direito de preferência, nem estando prevista intimação pessoal da data de realização do leilão.

A realização do segundo leilão somente ocorrerá caso, se no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel previamente estabelecido no contrato de alienação fiduciária (art. 27, § 1.º, c/c art. 24, VI, da Lei 9.514/1997), *não havendo, portanto, necessidade de avaliação que anteceda o leilão extrajudicial.*

Se o valor do lance alcançar o valor do imóvel, o credor fiduciário deverá alienar o imóvel ao arrematante, retendo o valor da dívida e dos encargos e restituindo ao antigo devedor-fiduciante o que sobejar nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, fato esse que importará em recíproca quitação.⁶

Na hipótese de o valor do lance alcançar o valor do imóvel mas não superar o valor da dívida, deverá o credor fiduciário aceitar o lance efetuado, considerando extinta a dívida e desonerado o antigo devedor-fiduciante de seu pagamento, mediante a expedição do termo próprio (art. 27, § 6.º, da LAF).

No segundo leilão, no qual o referencial não é mais o valor do imóvel, mas o valor da dívida, das despesas – a própria lei procurou esclarecer como calcular o montante da dívida e das despesas suportadas pelo fiduciário, de maneira que aquela seria constituída do saldo devedor da operação da alienação fiduciária, na data do leilão, com a inclusão dos juros convencionais, penalidades e demais encargos contratuais, e estas pela soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e necessárias à realização do público leilão,

5. Igual direito é assegurado ao cessionário do fiduciário, ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 27 da Lei 9.514/1997.

6. Não se aplicando, portanto, o disposto na parte final do art. 1.219, do CC em vigor – retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 27, § 4.º, da Lei 9.514/1997).

aí compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro (art. 27, § 3.º, da LAF) –, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da LAF), será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida e das despesas, estando o credor fiduciário obrigado a alienar o imóvel ao arrematante.

Na hipótese de o valor do lance ser inferior ao valor da dívida e das despesas, o credor fiduciário não está obrigado a alienar o imóvel ao arrematante, mas poderá fazê-lo, extinguindo-se a dívida e desonerando-se o devedor-fiduciante de seu pagamento (art. 27, § 5.º, Lei 9.514/1997), mediante termo de quitação dado pelo credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão (art. 27, § 6.º). Quando o valor do lance for superior ao valor da dívida, o credor fiduciário está obrigado a alienar o imóvel ao arrematante, retendo o valor da dívida e dos encargos e restituindo ao antigo devedor-fiduciante o que sobejar dentro de cinco dias (art. 27, § 4.º).

Em face do insucesso dos leilões, não prevê a lei um terceiro leilão. A propriedade do credor fiduciário, antes restrita, agora assume ares de efetivamente plena, podendo alienar ou não o imóvel a qualquer tempo, não mais por leilão e sem observância dos valores mínimos, desonerando-se, igualmente, o antigo devedor-fiduciante do pagamento da dívida, mediante termo de quitação a ser outorgado pelo credor (art. 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

IV. IMPOSSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO DE PREÇO VIL NAS ARREMATACÕES

EFETUADAS EM LEILÕES EXTRAJUDICIAIS REGULADOS PELA LEI 9.514/1997

Diante da clareza com que o sistema jurídico brasileiro trata do procedimento a ser seguido nos leilões extrajudiciais regulados pela Lei 9.514/1997, qualquer decisão que o afronte constitui evidente decisão *contra legem*. Logo, por evidente, diversas decisões exaradas pelo Poder Judiciário confirmam a impossibilidade da arguição de preço vil nas arrematações levadas a efeito nos leilões extrajudiciais, reproduzindo-se, como exemplo, a seguinte:

“Consolidação da propriedade. Leilão extrajudicial. Valor da arrematação. Preço vil. Consignação em pagamento.

I. (...)

III. *Diante da cláusula de alienação fiduciária prevista no contrato, transcorrido o prazo concedido para purgação da mora sem que os promitentes compradores tenham comparecido para efetuar o pagamento do débito, consolida-se a propriedade do imóvel em nome da promitente vendedora, autorizando a realização de leilão extrajudicial.*

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

IV. Respeitados os termos do contrato e o disposto no art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997, ‘não há se falar em arrematação por preço vil.’ (...)

VI. Negou-se provimento aos recursos.” (grifo nosso).⁷

Somam-se à clareza do sistema jurídico brasileiro outros elementos lógico-jurídicos, sobre os quais passamos a tratar.

IV.1 Ausência de interesse material e processual quanto ao resultado dos leilões – Resolução do contrato e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário após o transcurso do prazo para purgação da mora

Os devedores-fiduciários sustentam, ao pretenderem a declaração de nulidade do procedimento de execução extrajudicial e do leilão do imóvel objeto da garantia, a ausência da avaliação prévia e a configuração de preço vil na arrematação levada a efeito por terceiro. Todavia, a nosso sentir, articulam pretensões completamente descabidas diante da ausência de interesse material e processual quanto ao resultado dos leilões extrajudiciais.

Isto porque, os arts. 24, VI, e 27, § 1.º e 2.º, I e II, da Lei 9.514/1997, determinam que o valor oferecido pelo imóvel no primeiro leilão será o valor estabelecido no contrato pactuado entre as partes, enquanto que, no segundo leilão, o valor seja igual ou maior que o valor da dívida, *in verbis*:

“Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà: (...)

IV – a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; (...)

“VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; (...)’

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

‘§ 1.º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.’

‘§ 2.º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida’, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

7. TJ-DF, ApCiv 20080110904526/DF, 0083059-33.2008.8.07.0001, 6.ª T. Cív, j. 06.11.2013, rel. José Divino de Oliveira, DJE 12.11.2013, p. 139.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

§ 3.º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I – dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais’;

II – despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro” (destaques nossos).

Ora, o Consulente colocou o imóvel à venda no 1.º leilão pelo montante de “R\$ 8”, valor este correspondente ao valor previsto em contrato, corrigido monetariamente de acordo com o IGP-M (cláusula 19.2).

Não existindo arrematantes no primeiro leilão, foi o imóvel arrematado no segundo leilão por R\$ 4,8 valor esse acima “de 50% do valor do bem” e superior ao valor mínimo determinado pela Lei Federal 9.514/1997 (valor da dívida), qual seja, “R\$ 3”.

Arrematado o imóvel em segundo leilão, houve, inclusive, “a devolução aos antes devedores-fiduciantes da quantia correspondente a R\$ 1,1”, valor que sobejou a dívida, “além de obterem quitação completa de suas obrigações”.

Na sistemática implantada pela Lei 9.514/1997, por óbvio, não existe a possibilidade ou a necessidade de prévia avaliação do imóvel, porquanto, por expressa previsão na lei e exercício da liberdade de contratar, essa avaliação já foi realizada.

Outrossim, diante da devolução de valores aos devedores-fiduciantes e da quitação completa da dívida, o critério de fixação dos valores mínimos, para as arrematações previstas no primeiro e segundo leilões, constitui consecução de política legislativa, implementada para viabilizar a rápida solução do inadimplemento, aspecto vital ao adequado funcionamento do Sistema Financeiro Imobiliário.

Veja-se, a propósito, o quanto já decidido pelo E. TJSP

“Ademais, a Lei 9.514/1997 exige que, no primeiro leilão, o maior lance seja superior ao valor do imóvel. No segundo leilão, por seu turno, a lei autoriza que seja aceito lance ao menos igual ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, tributos, e contribuições condominiais (art. 27, §§ 1.º a 3.º)”.⁸

8. TJSP, AgIn 2029161-36.2014.8.26.0000, 34.ª Câ. Dir. Priv., j. 28.04.2014, rel. Des. Gomes Varjão..

Resta, portanto, evidente que os devedores-fiduciários pretendem algo contrário ao previsto no contrato firmado, no edital publicado e na Lei 9.514/1997, o que denota evidente ausência de interesse material e processual quanto ao resultado econômico dos leilões, a uma, porque, após a resolução do contrato e a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, com o transcurso do prazo para purgação da mora, o resultado econômico dos leilões somente de maneira secundária os efetuará, dado que receberão, como de fato receberam, o valor que sobejou da dívida; a duas, porque, ainda que fosse possível questionar o critério aceito pelas partes e expressamente estabelecido em lei, o que não é juridicamente possível, o imóvel foi arrematado, em segundo leilão, por valor superior a “50% do valor de avaliação do bem”, o que afasta, definitivamente, também por isso, o argumento de arrematação por preço vil.

IV.2 A noção de preço vil

Antes da alteração de redação resultante da entrada em vigor da Lei 8.953, de 13.12.1994, o art. 692 do CPC não admitia lance que, em segunda praça ou leilão, oferecesse preço vil, assim considerado o lance que não bastasse para a satisfação de parte razoável do crédito.

O reconhecimento da legitimidade do lance, pela anterior redação de dispositivo do Código de Processo Civil, em segunda praça ou leilão, coincidente com a satisfação do crédito, ainda que parcial, está em absoluta sintonia com o quanto disposto no art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997, que prevê para o segundo leilão valor mínimo igual ao valor da dívida e das despesas.

A atual redação do art. 692, *caput*, do CPC⁹ permite ao magistrado levar em consideração, para a identificação de lance por preço vil em segundo leilão ou praça, as circunstâncias do caso concreto, de maneira que a alienação em hasta pública deixou de levar em conta critérios objetivos para sua caracterização,

9. “Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil” (art. 692, *caput*, do CPC) (destaque do autor). “Houve considerável alteração, também, no teor do art. 692 do CPC. Anteriormente à reforma o chamado preço vil era relacionado com o valor do crédito. De fato, a lei previa que não seria aceito lance que, em segunda praça ou leilão, oferecesse preço vil, que não bastasse para a satisfação de parte razoável do crédito. Hoje, o art. 692 simplesmente estabelece que não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.” (Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros. Execução e embargos à execução. *RePro* 84/115; *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 8/1.209. São Paulo: Ed. RT, out.-1996.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

permitindo, inclusive, arrematações por valores inferiores à metade do valor de avaliação.¹⁰⁻¹¹⁻¹²

Nem se diga que o argumento de arrematação por preço vil poderia ser sustentado em razão da ausência de atualização do valor da avaliação, pois, na hipótese sob exame, “além da existência de critério objetivo para respaldar a legalidade da arrematação em segundo leilão”, antes da realização do primeiro leilão e nos editais publicados constou o valor de avaliação atualizado nos moldes do contrato entabulado.¹³

Além disso, os devedores-fiduciantes não impugnaram, previamente, o valor da avaliação livremente ajustada no contrato firmado com o Consulente, de maneira a impedir que agora, em evidente atitude contraditória, evoquem

10. Vejam-se, a propósito: STJ, REsp 556.709, 3.^a T., j. 20.11.2003, Min. Nancy Andrighi; STJ, REsp 166.789, 4.^a T., j. 23.06.1998, Min. Sálvio de Figueiredo. A respeito do preço vil como conceito vago, José Manoel de Arruda Alvim Netto aduz: “Por exemplo, o preço vil, aquém do qual não pode haver arrematação, tal como está disciplinado no processo, qual é ele, em relação ao valor pelo qual o bem haja sido avaliado? (...) Isto demonstra duas coisas: a) que os conceitos vagos ou cláusulas abertas acabam ganhando um perfil mais concreto, à luz das hipóteses concretas, que venham a ocorrer e que venham a ser objeto de decisões; b) como, ainda, tais cláusulas são dotadas de certa flexibilidade, o permite uma certa mutação em relação ao seu entendimento.” (A função social dos contratos no novo Código Civil. RT 815/11; *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 3/625. São Paulo: Ed. RT, set. 2003.
11. Na Venezuela, v.g., inicialmente o limite mínimo é a metade do valor estimado do imóvel (*justiprecio*), reduzindo-se a 2/5 na segunda hasta pública (art. 489 do CPC); na Argentina, art. 578, 5. Alínea, do CPCCN.
12. No STJ, diante das peculiaridades do caso concreto, foi reconhecido o valor da arrematação como vil diante de uma oferta inferior a 25% da avaliação atualizada do bem (REsp 100.188/SP, 3.^a T., j. 23.09.1997, rel. Min. Nilson Naves); no TJSP, por sua vez, já se validaram arrematações por pouco mais de um terço do valor da avaliação (ApCiv s/ rev 658.866-5/3-00, 6.^a Câ. Dir. Públ., j. 18.02.2008, rel. Des. Leme de Campos; ApCiv s/ rev 744.743-5/4-00, 5.^a Câ. Dir. Públ., j. 21.02.2008, rel. Des. Franco Cocuzza), 33,33% da avaliação (ApCiv s/ rev 73 8.353-5/5-00, 8.^a Câ. Dir. Públ., j. 27.02.2008, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti), 33% da avaliação (ApCiv s/ rev 423.085-5/0-00, 13.^a Câ. Dir. Públ., j. 13.02.2008, rel. Des. Ivan Sartori), 33,34% do valor da avaliação (ApCiv s/ rev 660.500-5/4-00, 2.^a Câ. Dir. Públ., j. 29.01.2008, rel. Des. Lineu Peinado), 40% do valor da avaliação (ApCiv s/ rev 272.0 59-5/7-00, 4.^a Câ. Dir. Públ., j. 14.02.2008, rel. Des. Soares Lima) e quase metade do valor da avaliação (ApCiv s/ rev 210.354-5/0-00, 10.^a Câ. Dir. Públ., j. 11.02.2008, rel. Des. Antônio Celso Aguilár Cortez).
13. “O respeito aos arts. 620 e 692 do CPC exige a atualização dos bens que irão à hasta pública” (STJ, REsp 448.575, 1.^a T., j. 26.08.2003, Min. Gomes de Barros).

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

o valor de mercado como paradigma para essa avaliação.¹⁴ Estando o Consultente obrigado a respeitar a lei e o contrato firmado, por óbvio não se mostra admissível a tese do preço vil, pois isto deixaria ele, Consultente, desprovido de providências necessárias à satisfação de seu crédito.

De resto, cumpre gizar a estranheza que causa a pretensão articulada pelos devedores-fiduciantes, pois, como evidencia Humberto Theodoro Jr.,¹⁵ na hipótese paradoxal de recusa do lanço por caracterização de preço vil, o segundo leilão se encerraria como se arrematante não houvesse, assumindo o Consultente a plena propriedade do bem (art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997); em outras palavras, de nada servirá àqueles a declaração de nulidade, o que ainda mais denota a aventura judiciária que se nos apresenta.

IV.3 Afronta à boa-fé objetiva pelos devedores-fiduciantes – Caracterização da litigância de má-fé

O Código Civil, seguindo a orientação axiológica dos idealizadores do projeto, recepcionou a probidade e a boa-fé objetiva no art. 422,¹⁶ determinando que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, um comportamento de lealdade e honestidade, de modo que, se não puderem cooperar com o cumprimento da prestação, não deverão dificultar sua realização.¹⁷

Nosso diploma codificado seguiu, nessa passagem, a orientação existente em outras codificações, como, v.g., a alemã que, no § 242 do BGB, preceitua “o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé exige, em atenção

14. “Não impugnada a avaliação em tempo oportuno, fica sem suporte a alegação de preço vil nos embargos à adjudicação” (STJ, REsp 203.170, 3.ª T., j. 27.04.2000, Min. Menezes Direito).

15. “Recusado o lanço por preço vil, é como se a licitação tivesse se encerrado sem licitante. Ficará, assim, aberta ao credor a possibilidade de requerer a adjudicação. O mesmo acontecerá se a arrematação vier a ser anulada por igual motivo” (Humberto Theodoro Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. 38 ed. n. 857. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 264).

16. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” De maneira complementar, o art. 113 do CC/2002 prevê: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (destaque do autor).

17. Veja-se, a propósito, Everaldo Augusto Cambler, *Comentários ao Código Civil brasileiro – Do direito das obrigações*, n. 2.3, p. 17 e ss. In: ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. III.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

aos usos e costumes”; ou a italiana, na qual o devedor e o credor devem, um ao outro, um comportamento concordante com as regras da honestidade (art. 1.175).¹⁸

A inserção dos valores *probidade* e *boa-fé* na dogmática civil atende ao postulado da teoria contratual moderna, que utiliza as denominadas *cláusulas gerais*, ou seja, normas jurídicas incorporadoras de princípios éticos, orientadoras das partes e do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido originariamente adotada. Para tanto, o magistrado utiliza uma técnica judicial diversa da simples subsunção, adequando a aplicação da norma à circunstância do caso concreto.¹⁹

O exercício da probidade e da boa-fé deve estar presente, também, na gênese contratual, comportando-se as partes de acordo com elas no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato (art. 1.337 do Código Civil italiano). Logo, a honradez deve estar presente em todos os momentos do estado obrigacional, de maneira a dar respaldo, inclusive, às pretensões de responsabilização pré-contratual,²⁰ devendo ser entendido em seu sentido objetivo, ou seja, como diretiva de conduta que preside o comportamento de quem participa das tratativas.²¹

Situada no campo das relações negociais, a boa-fé objetiva, portanto, quer significar que os que aí negociam devem agir honestamente; “ou seja, não devem lesar o outro”. Alguém que negocia deve esperar do outro uma conduta honesta, i.e., um não deve agir com o fito de lesar o outro.²² Esse alguém deve

18. Veja-se, a propósito, Arruda Alvim *Comentários ao Código Civil brasileiro*, n. 2, p. 158 e ss. In: ARRUDA ALVIM, Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI.

19. Cf. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos*, p.

20. Arruda Alvim (*Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 82 ss.) giza, no entanto, que o julgamento não se dará com discricionariedade, mas levando em conta os conceitos vagos encontrados na lei e os elementos fornecidos pelo caso concreto.

20. O princípio da boa-fé recíproca, que impõe às partes contratantes o dever de atuar com lealdade e correção, é apontado por Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz (*Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de informacion*, p. 9, 24) como a origem da responsabilidade pré-contratual. No mesmo sentido, Alberto Trabucchi *Istituzioni di diritto civile*, n. 281, p. 641.

21. Até a aprovação, em janeiro de 2002, da chamada “lei de modernização do direito das obrigações” do BGB, não existia a previsão da responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias do contrato (§ 311, alínea 2; 241, alínea 2 e 280, 1).

22. É o que parece ter sido importado do direito alemão quanto à cláusula “Treu und Glauben” do § 157 do Código Civil alemão e incorporada pelo art. 113 do CC/2002,

agir em relação a outrem tal como desejaria que este último agisse em relação a ele.²³

E nesta conduta honesta parece haver ponto fundamental em comum entre a chamada boa-fé subjetiva e a chamada boa-fé objetiva. “Em ambas as hipóteses encontra-se o denominador comum de não lesar os outros”. Por outras palavras a boa-fé objetiva envolve a necessidade, para estar presente ou ser reconhecida como tal, de que o destinatário da declaração possa acreditar no declarante, porque esse haja declarado a verdade. O que declarou disse a verdade; não teve o fito de lesar o outro. E, na boa-fé subjetiva, ignorando efetivamente que não podia adquirir, é certo que esse também não tem a consciência de poder estar lesando alguém. Em ambos os casos, é exigida a retidão e a honestidade. Este é elemento comum a ambas as modalidades de boa-fé, subjetiva e objetiva.

Podemos, doutra parte, dizer estar em pauta a *boa-fé objetiva*, quando se avalia a conduta de alguém em relação a outrem, e reciprocamente, determinando esta espécie de boa-fé uma conduta essencialmente baseada na honestidade (em relação à *boa-fé subjetiva*, ainda que o que haja de ser identificado seja a cognição ou não de um fato, *valorativamente* esse diz com a consciência da licitude da prática de um ato, no que está implicada também a ideia de não ter lesado outrem; ou seja, nesta também se pode surpreender transitividade em relação a outrem, e esse outrem não é normalmente conhecido).

É, portanto, uma regra geral de conduta, especialmente prezada no campo das relações negociais e contratuais; não só nestas, como no que as antecede (*tratativas*), como dito, e mesmo no que as sucede, inclusive depois de extinta uma dada relação.

Apresenta-se a boa-fé objetiva como um arquétipo, ou *standard* jurídico de conduta (em relação à qual há expectativa de alguém por uma conduta leal e honesta do outro, “o que é exigido pela ordem jurídica”; e, ainda, que essas expectativas devem ser recíprocas), de maneira tal que todos devem se adequar a essa diretriz ética, assumida pelo direito, agindo, indistintamente, com honestidade e lealdade.

Outra faceta da boa-fé objetiva que tem sido ligada ao tema é a de “*elemento identificador da função econômico-social*” buscada pelo negócio jurídico quando

ao indicar regra de hermenêutica: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

23. Veja-se, nesta passagem, Arruda Alvim *Comentários ao Código Civil brasileiro*. In: Arruda Alvim, Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

da sua celebração, ou, nas palavras de Judith Martins-Costa,²⁴ faz a boa-fé objetiva, sob esse prisma, o papel de *norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do contrato*, com o que se quer dizer que a não observância da finalidade buscada pelo contrato (= economia da contratação), fere deveres de diligência, boa-fé e lealdade, o que equivale a um comportamento negocial não lícito.

Destarte, apontam-se, tradicionalmente, três funções relativas à cláusula geral da boa-fé objetiva: “a) *boa-fé como vetor hermenêutico-integrativo do contrato*”, capaz de preencher as lacunas existentes, uma vez que algumas situações – fáticas e jurídicas – envolvendo a contratação, fogem à previsibilidade dos contratantes; “b) *boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos*”, ao lado do dever principal (=prestação) e deveres secundários (= acessórios da prestação), os chamados *deveres laterais de conduta*, dentre os quais pode-se enumerar os deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso, esclarecimento e informação e deveres de colaboração e cooperação;²⁵ “c) *boa-fé como norma limitativa ao exercício de direitos subjetivos*”, ao lado de tradicionais figuras como a do *abuso de direito*, a *exceptio doli*,²⁶ e a vedação do “*venire contra factum proprium*” em razão da relação de cooperação que envolve as partes contratantes, e impõe deveres a elas na celebração e execução das prestações, delimitando o exercício dos seus direitos subjetivos adstritos à contratação.

A tarefa do juiz, em relação à boa-fé objetiva demanda que procure identificar o comportamento de uma parte em relação à outra, e, dever-se-á proteger ou defender aquela que possa ter sido vítima de comportamento desleal.

Os fatos narrados neste Parecer demonstram que o Consulente agiu com confiança, lealdade e cooperação no cumprimento do contrato firmado com os devedores-fiduciários, razão pela qual, em nosso sentir, a atuação do Consulente atende aos ditames da cláusula geral de boa-fé objetiva, tanto enquanto norma criadora de deveres jurídicos, quanto norma limitativa ao exercício de direitos subjetivos.

Além disso, os devedores-fiduciários não impugnaram, previamente, o valor da avaliação livremente ajustada no contrato firmado com o Consulente, de maneira a permitir que agora, em evidente atitude contraditória, evoquem o valor de mercado como paradigma para essa avaliação, o que conduzirá, tam-

24. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, n. 521, p. 415. São Paulo: Ed. RT, 2000.

25. Cf. Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no Direito Civil*, § 24.º, n. 61, p. 632 e ss. Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses.

26. *Idem*, § 27.º, n. 68, p. 719 e ss.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

bém por isso, à improcedência da ação proposta contra o Consulente, medida que se impõe em razão da vedação do comportamento contraditório – “*Venire contra factum proprium non potest*”.

Deveras, dentre as funções relativas à cláusula geral da boa-fé objetiva, encontramos, como anteriormente referido, a “boa-fé como norma limitativa ao exercício de direitos subjetivos”, vedando o “*venire contra factum proprium*” em razão da relação de cooperação que envolve as partes contratantes e dos deveres a elas impostos na celebração e execução das prestações, delimitando o exercício dos seus direitos subjetivos adstritos à contratação.

Na verdade, o comportamento dos devedores-fiduciários – pretender a declaração de nulidade do procedimento de execução extrajudicial e do leilão do imóvel sob o argumento da arrematação por preço vil – mostra-se contraditório com a anuência, por eles expressa, no *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*, datado de 26.12.2011, quanto a todas as circunstâncias que cercam o negócio jurídico e que foram por eles, devedores-fiduciários, aceitas.

Na expressão de Humberto Theodor Júnior:

“Um dos grandes efeitos da teoria da boa-fé, no campo dos contratos, traduz-se na vedação de que a parte venha a observar conduta incoerente com seus próprios atos anteriores”.²⁷

Veja-se, ainda, o quanto decidido pelo STF:

“Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo a quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”.²⁸

No caso em tela, todas as circunstâncias negociais estão absolutamente de acordo com a legislação específica, que regula a alienação feita por eles ao Consulente, em caráter fiduciário, do imóvel objeto do financiamento e que recebeu de boa-fé a garantia oferecida, confiando que os devedores-fiduciários respeitassem a lei, o contrato, a função social da propriedade e não articulassem, de má-fé, pretensões descabidas e infundadas perante o Poder Judiciário.

27. Humberto Theodor Júnior, *O contrato e seus princípios*, p. 87. Rio de Janeiro: Aide, 2001. No mesmo sentido, Renan Lotufo: “o princípio visa impedir a supressão do fato próprio, porque isso provocaria uma iniquidade, pois frustraria a confiança gerada e suas consequências” (*Código Civil comentado*, p. 502. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. I).

28. STF, RE 606798, j. 19.03.2010, rel. Min. Carmem Lúcia.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Ao anuir expressamente com o procedimento de execução extrajudicial, previsto em lei e no contrato, e com a avaliação feita em estrito respeito a essa mesma legislação, como podem, agora, os devedores-fiduciantes, pretender a declaração de nulidade desse mesmo procedimento de execução extrajudicial e do leilão do imóvel sob o argumento da arrematação por preço vil?

Esse comportamento, a nosso sentir, consubstancia, sem qualquer sombra de dúvida, não somente conduta contraditória, cuja vedação decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, mas, também, litigância de má-fé no âmbito do processo, na medida em que os devedores-fiduciantes deduziram pretensão contra texto expresso de lei, prática expressamente tipificada pelo art. 17, I, do CPC.

Na hipótese em exame, ao deduzir pretensão contrária aos arts. 24, VI, e 27, §§ 1.º e 2.º, I e II, da Lei 9.514/1997, os devedores-fiduciantes articularam pedidos em desacordo com o disposto no ordenamento jurídico, ferindo o princípio de lealdade processual e da proibição do comportamento contraditório em sede processual, comportamento esse que merece todo o repúdio dos aplicadores do direito, como salienta Gustavo Cunha Prazeres:

“A aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório em sede processual, mais do que viável, revela-se essencial, pois somente com a inserção de cláusula geral orientada a repudiar o comportamento desleal dentro do processo, mesmo nas hipóteses não expressamente delimitadas em lei, é que se poderá concretizar um direito processual consonante com os valores éticos, solidários e democráticos que defluem da ordem constitucional.”²⁹

Destarte, configurada a confiança do Consulente no estado objetivo do negócio, o comportamento dos devedores-fiduciantes deve manter coerência com seus atos pretéritos, posto que o comportamento contraditório fere os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva e configura litigância de má-fé no âmbito do processo, conduzindo, também por isso, à improcedência da ação promovida por eles, devedores-fiduciantes.³⁰

29. Gustavo Cunha Prazeres, *Venire contra factum proprium nulli conceditur* e direito processual: a influência da solidariedade social no processo, n. 3.3, p. 157-158. In: Freddie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (orgs.). *Processo e direito material*. Salvador: Podivm, 2009.

30. Sobre o assunto, o Conselho de Justiça Federal elaborou o Enunciado 362, cujo teor é o seguinte: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do CC/2002”.

IV.4 Os preços mínimos de arrematação previstos em lei – Impossibilidade de arguição de desconhecimento do direito – O princípio constitucional da legalidade³¹

Como antes referido, estabelecendo os arts. 24, VI, VII e 27, §§ 1.º e 2.º, I e II, da Lei 9.514/1997, que o valor oferecido pelo imóvel no primeiro leilão será o valor estabelecido no contrato pactuado entre as partes, enquanto que, no segundo leilão, o valor seja igual ou maior que o valor da dívida, o Consulente não somente indicou, para efeito de venda em público leilão, o valor do imóvel e os critérios para a respectiva revisão (item 19.2 do *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*), como também incluiu cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 dessa mesma lei, além de explicitar o procedimento de intimação de pagamento (item 17), da consolidação da propriedade (item 18) e os critérios de apuração do preço mínimo de venda dos imóveis em segundo leilão.

Não se mostra plausível, agora, que os devedores-fiduciantes pretendam desdizer o quanto ajustaram e descumprir normas de ordem pública, como se fosse possível desconhecer o direito posto, que estabelece os critérios para reconhecimento dos preços mínimos passíveis de arrematação em primeiro e segundo leilões extrajudiciais. Vale relembrar comezinha regra de direito, apreendida na gênese dos estudos acadêmicos:

“Art. 3.º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

Aliás, o *princípio da legalidade*, dentre as garantias constitucionais individuais, exsurge da Constituição Federal e constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois é de sua essência a subordinação aos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio, consagrado no art. 5.º, II, da CF/1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, deve ser entendido de maneira que “o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.³²

31. Cf. texto de nossa lavra Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade, n. 2.1, p. 352-354. In: José Manoel de Arruda Alvim, Everaldo Augusto Cambler (coords.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

32. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 420.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Na expressão de Pietro Perlingieri, o princípio da legalidade ganha maior relevo diante da relativização do juízo e precedentes jurisprudenciais, porquanto “a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e dos princípios de direito positivo interpretados e aplicados pela jurisprudência.”³³

“O juiz é, sim, autônomo em relação ao Poder Executivo, mas é submetido, ainda que tão somente, à lei (art. 101, da CF/1988). O princípio da legalidade assume uma conotação própria no sistema. (...)”

A noção de legalidade é essencial e relativa ao sistema. No ordenamento italiano, o juiz é vinculado à norma e não à sua letra. A dificuldade está na individualização da normativa do caso concreto.”³⁴

Assim como no sistema jurídico italiano, o brasileiro procura combater o arbítrio mediante a elaboração das espécies normativas aprovadas de acordo com as regras do processo legislativo constitucional, somente essas capazes de criar obrigações e deveres para os indivíduos, como aqueles cumpridos pelo Consulente e desrespeitados pelos devedores-fiduciantes. Na lição de Alexandre de Moraes:

“Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois, como já afirmava Aristóteles, ‘a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens; a inteligência sem paixão – eis a lei’.”³⁵

V. CONCLUSÕES

Com fulcro nos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais anteriormente desenvolvidos, externamos as seguintes conclusões:

33. Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil constitucional*, n. 12, p. 20.

34. Pietro Perlingieri *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil constitucional*, n. 28-29, p. 42-43. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Prevê o art. 101 da Constituição Italiana: “A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes são sujeitos somente à lei”.

35. Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 24. ed. n. 7, p. 41-42. São Paulo: Atlas, 2009.

A nosso sentir, os devedores-fiduciantes, ao pretenderem a declaração de nulidade do procedimento de execução extrajudicial e do leilão do imóvel objeto da garantia, sob o argumento da ausência da avaliação prévia e a configuração de preço vil na arrematação levada a efeito por terceiro, articulam pretensões completamente descabidas.

Em primeiro lugar, falta aos devedores-fiduciantes interesse material e processual quanto ao resultado dos leilões extrajudiciais. Isto porque, os arts. 24, VI, e 27, §§ 1.º e 2.º, I e II, da Lei 9.514/1997, determinam que o valor oferecido pelo imóvel no primeiro leilão será o valor estabelecido no contrato pactuado entre as partes, enquanto que, no segundo leilão, o valor seja igual ou maior que o valor da dívida.

Deveras, na sistemática implantada pela Lei 9.514/1997 não existe a possibilidade ou a necessidade de prévia avaliação do imóvel, porquanto, por expressa previsão na lei e exercício da liberdade de contratar, essa avaliação já foi realizada.

Resta, portanto, evidente que os devedores-fiduciantes pretendem algo contrário ao previsto no contrato firmado, no edital publicado e na Lei 9.514/1997, o que denota evidente ausência de interesse material e processual quanto ao resultado econômico dos leilões, a uma, porque, após a resolução do contrato e a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário, com o transcurso do prazo para purgação da mora, o resultado econômico dos leilões somente de maneira secundária os efetuará, dado que receberão, como de fato receberam, o valor que sobejou da dívida; a duas, porque, ainda que fosse possível questionar o critério aceito pelas partes e expressamente estabelecido em lei, o que não é juridicamente possível, o imóvel foi arrematado, em segundo leilão, por valor superior a “50% do valor de avaliação do bem”, o que afasta, definitivamente, também por isso, o argumento de arrematação por preço vil.

Além disso, os devedores-fiduciantes não impugnaram, previamente, o valor da avaliação livremente ajustada no contrato firmado com o Consulente, de maneira a impedir que agora, em evidente atitude contraditória, evoquem o valor de mercado como paradigma para essa avaliação.

Estando o Consulente obrigado a respeitar a lei e o contrato firmado, por óbvio não se mostra admissível a tese do preço vil, pois isto deixaria ele, Consulente, desprovido de providências necessárias à satisfação de seu crédito.

Os fatos narrados neste Parecer demonstram que o Consulente agiu com confiança, lealdade e cooperação no cumprimento do contrato firmado, razão pela qual, em nosso sentir, a atuação do Consulente atende aos ditames da cláusula geral de boa-fé objetiva, tanto enquanto norma criadora de deveres jurídicos, quanto norma limitativa ao exercício de direitos subjetivos.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 78. ano 38. p. 277-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

Os devedores-fiduciantes, ao invés, ao pretenderem a declaração de nulidade do procedimento de execução extrajudicial e do leilão do imóvel sob o argumento da arrematação por preço vil, demonstram comportamento contraditório com a anuência, por eles expressa, no *Instrumento Particular de Venda e Compra de Bem Imóvel, Financiamento com Garantia de Alienação Fiduciária de Imóvel e outras avenças*, datado de dezembro de 2011, quanto a todas as circunstâncias que cercam o negócio jurídico e que foram por eles, devedores-fiduciantes, aceitas.

Todas essas circunstâncias negociais estão absolutamente de acordo com a legislação específica, que regula a alienação feita por eles ao Consulente, em caráter fiduciário, do imóvel objeto do financiamento e que recebeu de boa-fé a garantia oferecida, confiando que os devedores-fiduciantes respeitassem a lei, o contrato, a função social da propriedade e não articularassem, de má-fé, pretensões descabidas e infundadas perante o Poder Judiciário, consubstanciando verdadeira litigância de má-fé.

Não se mostra plausível que os devedores-fiduciantes pretendam desdizer o quanto ajustaram e descumprir normas de ordem pública, como se fosse possível desconhecer o direito posto, que estabelece os critérios para reconhecimento dos preços mínimos passíveis de arrematação em primeiro e segundo leilões extrajudiciais, em evidente afronta ao princípio da legalidade, alicerce basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, setembro de 2014.

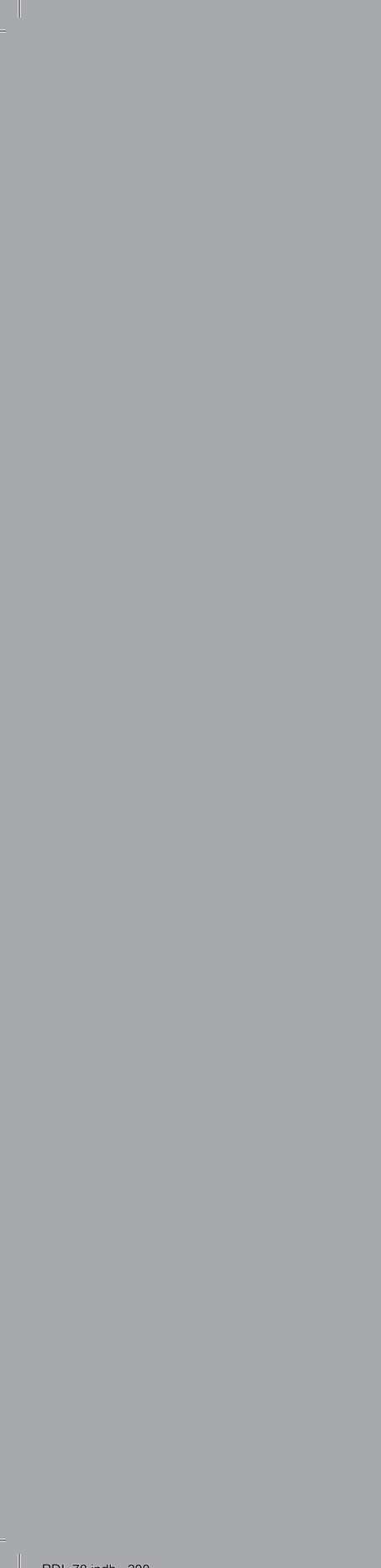
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – Exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997, de Manoel Justino Bezerra Filho – RT 819/65, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 4/343 (DTR\2004\121);
- O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal. Os casos da Lei 9.514, de 1997, do Dec.-lei 70, de 1966, e da Lei 4.591, 1964, de Melhim Namem Chalhub – *RePro* 96/70 (DTR\1999\616); e
- Regularidade da arrematação – Não caracterização de preço vil, de Nelson Nery Jr., *Soluções Práticas de Direito* 9/691 (DTR\2014\17475).

The background features a complex, abstract design of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement. The colors are muted, primarily in shades of light gray and off-white.

Jurisprudência Comentada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – REsp 1.299.866/DF – 4.ª T. – j. 25.02.2014 – v.u. – rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 21.03.2014 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

LOCAÇÃO – Fiança – Nulidade – Ausência de outorga uxória – Inadmissibilidade – Validade de garantia prestada durante união estável sem a outorga do outro companheiro – Efeitos decorrentes do instrumento formal de casamento que justificam o tratamento distinto – Não incidência da Súmula 332 do STJ à hipótese em análise.

Veja também Jurisprudência

- RT866/274 (JRP\2007\2390), RT860/329 (JRP\2007\2346) e RDPriv 26/347 (JRP\2006\98).
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2005\6052.

Veja também Doutrina

- A outorga uxória na união estável, de Iolanda Regina Monteiro, RDPriv 43/260, *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões* 2/1211 (DTR\2010\417);
- Apontamentos sobre a união estável, de Tiago Bana Franco – RIASP26/205 (DTR\2010\709); e
- Fiança prestada sem o consentimento da mulher, de Antônio Raphael Silva Salvador, *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos* 5/995 (DTR\2012\1341).

REsp 1.299.866 – DF (2011/0312256-8).

Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Recorrente: *Linea G Empreendimentos de Engenharia Ltda.* – advogados: Flávio Luis Medeiros Simões e outros.

Recorrido: Carlos Levino Vilanova – advogados: Antônio Carlos Rebouças Lins e outros.

Ementa: Direito civil – constitucional. Direito de família. Contrato de locação. Fiança. Fiadora que convivia em união estável. Inexistência de outorga uxória. Dispensa. Validade da garantia. Inaplicabilidade da Súmula 332 do STJ.

1. *Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.*

2. *Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.*

3. *Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de “segunda classe” pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.*

4. *A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.*

5. *Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula 332 do STJ à união estável.*

6. *Recurso especial provido.*

COMENTÁRIO

ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL E A APLICABILIDADE DA SÚMULA 332 DO STJ

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A união estável como entidade familiar tutelada pelo ordenamento jurídico: equiparação ao casamento – 3. A importância da escritura pública perante o ordenamento como meio de prova da entidade familiar união estável e o conseqüente registro no Registro Civil – 4. Hermenêutica jurídica da Súmula 332/STJ – 5. Análise crítica do REsp 1.299.866/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014 e Conclusão – 6. Referência: 6.1.1 Fonte primária; 6.1.2 Fonte secundária: 6.1.2.1 Doutrina; 6.1.2.2 Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo¹ terá por finalidade analisar a decisão proferida em sede de REsp sob o número 1.299.866/DF cuja fundamentação foi pela não admissão da aplicabilidade da Súmula 332 do STJ para a união estável.

Para tanto, primeiramente far-se-á uma análise histórica e depois contemporânea a respeito da origem da família e do casamento para, então, alcançar a premissa da união estável.

Contudo, para não banalizar este estudo, deve-se ter em mente que a união estável, como situação fática, passará a ser equiparada ao casamento quando devidamente lavrada a escritura pública competente e o subsequente registro perante o registro civil no Livro "E". Por conta desta razão, a união estável deve ser sim considerada como entidade civil, sob pena de retrocesso e engessamento da sociedade.

Após a abordagem histórica e racional, será estudada a escritura pública e da união estável e os atos de cautela do Tabelião que a lavrará. Neste esteio, não se pode deixar de analisar a importância de registrar a citada escritura pública no Registro Civil para os devidos efeitos e consequências jurídicas da publicidade registral.

Avançando no estudo e para evitar equívocos e a não oxigenação do sistema, será estudada a hermenêutica da Súmula 332 do STJ, com a consequente importância da interpretação perante o ordenamento. Analisar uma lei ou uma decisão sem a respectiva e adequada interpretação significa colocar o sistema, como um todo, ao fracasso das necessidades sociais.

Após a compreensão dos motivos ora apresentados, será analisado, de maneira sumária, a íntegra dos autos que originaram a citada decisão para, então, serem tecidos os comentários a respeito do equívoco do julgado final.

Para permitir a análise proposta serão utilizadas as legislações pertinentes, a doutrina e alguns julgados. Como metodologia adota-se o dogmático-axiológico-indutivo.

Por fim, o presente artigo não pretende exaurir todos os sistemas que serão abordados, mas sim convidar o leitor às devidas reflexões e debates, ensejando, com isso, na adequação do sistema à realidade social.

2. A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR TUTELADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO: EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO

A sociedade é composta por três elos principais: Estado, Família e a Propriedade. Todos estão vinculados entre si para permitir a existência de um Estado Democrático.

A família, uma das instituições mais antigas, reflete na união de pessoas por necessidades psicológicas, sobrevivência, desenvolvimento, proteção, dentre outras atribuições, sempre tendo como foco a sua própria razão de ser. É por ela que se tem um dos maiores atributos da personalidade: a identificação civil, tutelada pelo Estado, a qual permite conhecer uma pessoa e o seu histórico familiar. Deste pensamento, decorre o princípio, hoje um pouco flexível, da imutabilidade do nome.

Pela existência da família, como união organizada de pessoas para a sua própria razão, é que nasceram as primeiras regras do direito,² cuja função, dentre outras, é regulamentar o convívio em

1. Agradeço ao amigo Marcelo Augusto Santana de Melo pelo convite realizado e ao amigo e aluno Marcello Rennó de Siqueira Antunes pelos debates.

2. Neste sentido vide: MARTINS Jr., J. Izidoro. *Compêndio de história geral do direito*. Livraria Contemporânea. 1898, p. 8; SOUZA, Marnoco E. *Historia das instituições do direito romano, peninsu-*

sociedade. Em decorrência desta união de pessoas é que surgiram, também, a preocupação com a propriedade, responsável pela sobrevivência e manutenção daquelas pessoas reunidas.

Certo ainda é que a família, de acordo com a cultura de cada povo, ia se constituindo e se organizando da melhor maneira para não perder a sua identificação naquele Estado, mesmo que este fosse ainda precário.

Ainda no que concerne aos aspectos históricos não se verifica a existência de prévio registro para o casamento, sendo tal figura marcada por uma solenidade diante do público. Veja que esta solenidade já traduzia o atual princípio da publicidade. Com o passar do tempo e com a evolução da sociedade a prova desta publicidade passou a pertencer a Igreja, contudo, às vezes por ausência de certos requisitos à época, para a comprovação do matrimônio, utilizava-se da fama pública.³ Contudo, há quem doutrine no sentido de que na sociedade primitiva egípcia o casamento realizava-se sem formalidade religiosa ou civil, dependendo apenas de inscrição em registro público para a filiação;⁴ ou ainda que em Roma os tabeliães escreviam boletins sobre negócios públicos, sentenças, nascimentos, óbitos e casamentos.⁵

Desta forma, diante da fragilidade da publicidade e considerando a enorme pressão da Igreja em coibir casamentos clandestinos, ou seja, sem as devidas formalidades à época, é que passou a adotar, como marco, as solenidades necessárias para a celebração do casamento⁶ e, então, constituição da família (perante à Igreja, cujo poder está em ascensão).

Assim, com a evolução da sociedade e com as alterações legislativas,⁷ alcançou-se a atual solenidade para a constituição do casamento e, assim, uma nova constituição da família.⁸

Depreende-se que a família sempre se originou da união de pessoas de maneira organizada, não sendo diferente a visão no atual Estado Democrático de Direito. Contudo, esta visão da família,

lar e portugueses. 3. ed. Coimbra: França Amado Editor, 1910, p. 399, bem como nas páginas 39 e 57 quando obtempera que união de escravos, embora não fosse um verdadeiro casamento, servia para traduzir o parentesco. Ademais, vale lembrar que "Família é vocábulo que, em Roma, além de outros sentidos significa: 1.º conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe – *paterfamilias*... e 2.º, o patrimônio, *paterfamilias*. Ao contrário da família moderna, baseada no casamento do chefe que, assim funda a sua família, a família romana é de base patriarcal..." (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 106).

3. Sobre o assunto recomenda-se a leitura aprofundada de SOUZA, Marnoco E., op. cit., p. 459 e ss. Sobre a evolução do casamento no ordenamento pátrio vale a leitura do artigo de Dilvanir José da Costa, A Família nas Constituições, *RT* 847/737. São Paulo: Ed. RT, maio 2006; GONTIJO, Segismundo Marques. Do instituto da união estável. *RT* 712/78. São Paulo: Ed. RT, fev. 1995; SILVA, Assuelma Arantes da. A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* da paternidade: *Doutrinas essenciais de Família e Sucessões* 4/679. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.
4. MARTINS Jr., J. Izidoro. Op. cit., p. 52.
5. Machado, Joaquim de Oliveira. *Novíssima guia prática dos tabelliães ou o notário no Brasil e a necessidade de sua reforma*. H. Garnier: Livreiro-Editor, 1904. p. 18.
6. SOUZA, Marnoco E. Op. cit., p. 459.
7. Leis Federais 4.827, de 07.03.1924, os Dec. 4.857, de 09.11.1939, Dec. 5.318, de 29.02.1940, Dec. 5.553, de 06.05.1940. Dentre outras legislações mais remotas.
8. Lei Federal 6.015, de 31.12.1973, sem prejuízo das Normas das Corregedorias de cada Estado.

com o tempo, foi fragmentada sob uma análise da família constituída pelo casamento e a família constituída pela união estável.

Para a constituição do casamento imperioso se faz observar uma série de requisitos legais e formais, justamente, entre outros motivos, para se evitar um "duplo" casamento ou a união de pessoas eivada de certos vícios que impediriam a formalização desse relacionamento. Esses vícios podem ser alegados tanto em sede de ação judicial, como em sede de proclama, em caráter de impugnação administrativa.

É por intermédio da certidão expedida pelo oficial competente que se tem a prova da constituição da família, quer seja pelo casamento, quer seja pela união estável.

Em contrapartida, nem sempre a constituição da família ocorrerá, quer seja pela existência de vícios, quer seja pelas pessoas não reconhecerem a importância do registro civil e ao revés das disposições legais ou de vontade, unem-se, assim, sem as devidas formalidades. Esta união faz com que se rememore a origem da família anteriormente mencionada, cujo reconhecimento dependerá exclusivamente, na ausência de prévia prova documental, em especial a escritura pública, de uma sentença judicial para a apuração da "fama pública" e o reconhecimento da união entre as pessoas. Destaca-se que esta decisão judicial não poderá, por ausência de precisão, identificar de maneira correta a data, mês e o ano da constituição da família em sede de união estável, contudo conseguirá reconhecer nos dias atuais com efeitos anteriores o período em que se iniciou a família, estabelecendo, no máximo, um marco fictício para fins processuais.

Assim, a união estável, em que pese à recomendação da necessidade de escritura pública para a prova efetiva de sua constituição, não prescinde de nenhuma formalidade, restando a sua prova para o reconhecimento judicial dos seguintes elementos: (1) convivência pública e duradoura, (2) desimpedimentos para a celebração do matrimônio, (3) afetividade, fidelidade, respeito e mútua assistência.⁹

Desta sorte, importante se faz apresentar as similitudes entre o casamento e a união estável para o fim de demonstrar que hoje, com exceção do regime de sucessão, cujo questionamento se encontra sob a análise dos Tribunais pátrios¹⁰ o casamento e a união estável são formas igualitárias e inequívocas da família perante o ordenamento jurídico.¹¹

Para a celebração do casamento é adotada uma série de formalidades legais, sendo que da sua constituição constará a devida anotação na certidão de nascimento das pessoas envolvidas. Assim, quando uma pessoa apresenta a sua certidão de nascimento, a publicidade (meramente enunciativa) de tal celebração restará ali consignada, sem prejuízo da própria certidão de casamento.

A união estável também será registrada nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, quer seja o seu reconhecimento tenha ocorrido por decisão judicial, quer seja por intermédio de escritura pública, contudo no livro 'E'.¹² Em contrapartida o casamento deverá ser registrado no Livro "B".¹³

9. Neste sentido vide: DAL COL, Helder Martinez. A união estável perante o Novo Código Civil. *RT* 818/11. São Paulo: Ed. RT, dez. 2003; Lei Federal 8.971, de 29.12.1994 e Lei Federal 9.278, de 10.05.1996.

10. Dentre inúmeros julgados destaca-se: AgIn no REsp 1.354/PB, Min. Luis Felipe Salomão, de 27.05.2011, Corte Especial do STJ.

11. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *RT* 667/17. vol. São Paulo: Ed. RT, maio 1991.

12. Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP, disposição 1, alínea *k*; 6.2.1; 11, alínea *α*; 113 e ss.

13. Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP, disposição 6.2.1.

Em que pese às formalidades para a constituição da união estável não serem exigíveis, ou seja, a existência de prévia habilitação, proclamas e etc, tem-se que, para a celebração do contrato de união estável¹⁴ por escritura pública imperioso se faz a apresentação de certos documentos, como a certidão de nascimento, para a lavratura da escritura pública,¹⁵ se será adotado o nome do companheiro,¹⁶ o regime de bens,¹⁷ etc, devendo, *data máxima vênia*, tais documentos, serem essenciais, também, para o reconhecimento judicial. Destaca-se que esta escritura pública deverá ser levada a registro perante o Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais primitivos para a devida anotação na certidão de nascimento.

Sem este registro, a escritura pública será como um documento particular, ou seja, dependerá de chancela do Poder Judiciário para os efeitos necessários esperados pelos conviventes.

Assim, grosso modo, em análise à segurança jurídica, tanto a constituição da união estável (por escritura pública ou por decisão judicial), como o casamento tem o mesmo condão e força probante para a constituição e comprovação da entidade familiar, diferenciando-se, apenas e de caráter inconstitucional, a diferença sucessória prevista no ordenamento pátrio,¹⁸ o que se espera, em curto prazo, seja declarada inconstitucional ante a violação ao princípio da igualdade.

Neste esteio, em que pese à ordem constitucional,¹⁹ reconhecer a união estável como entidade familiar e determinar que a lei facilite a sua conversão para o casamento,²⁰ deve interpretar a referida norma como sem eficácia, vez que diante da evolução da sociedade, a não equiparação entre estas duas entidades familiares significaria o engessamento das relações afetivas. Um bom exemplo da equiparação de direitos entre cônjuges e companheiros foi a evolução da legislação quando permitiu a usucapião familiar²¹ e a legislação que dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.²²

14. Neste estudo não será debatido se o casamento e a união estável são contratos ou não. Para tanto recomenda-se a leitura de: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2. édition. Dalloz: Les Éditions Thémis, 2008. p. 400-430.

15. Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP, disposição 113 e ss. Por tal razão discorda-se parcial do artigo de autoria de Décio Antônio Erpen, O instituto da família e os registros públicos. *RDI* 53/115. São Paulo: Ed. RT, jul. 2002.

16. Ap 9000001-04.2013.8.26.0541, Conselho Superior da Magistratura do TJSP, j. 18.03.2014, Corregedor Geral de Justiça e rel. Hamilton Elliot Akel.

17. MARCO, Eliane Mora. O regime condominial da união estável e a importância de sua comunicação ao serviço registral imobiliário. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/341. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011. Ainda sobre a liberdade de qualquer pessoa escolher o regime de bens que melhor lhe convir, mesmo que não tipificado no ordenamento pátrio vide: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. In: PELUSO, César (coord.). 3. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2009. p. 1764 a 1768.

18. CC/2002, art. 1.790 e ss. Neste sentido vide ainda: Ac. j. 10.11.1994, v.u., rel. Des. Eliseu Gomes Torres, *RJTJRS* 170/296.

19. Art. 226 da CF/1988 e seus respectivos parágrafos.

20. Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP, disposição 87 e ss.

21. Art. 1.240-A do CC/2002.

22. Art. 241, parágrafo único, da Lei 8.112/1990.

Não reconhecer a equiparação da união estável como casamento, para todos os fins de direito, e analisá-la apenas no sentido do aspecto patrimonial sucessório e solenidade e não como entidade familiar para todos os efeitos obrigacionais,²³ seria afrontar diretamente a entidade familiar como ente superior e a intenção das pessoas em sua boa-fé subjetiva.

Para evitar injustiças e imprecisões no surgimento de direitos e obrigações e exigir que a união estável seja transformada em casamento (por facilitação legal) é o mesmo que fadar a falência o instituto desta união, pois ao contrário da escritura pública devidamente registrada, eventual conversão de união estável para o casamento não ensejará efeitos retroativos à época da constituição de fato da convivência, acarretando, apenas, na "adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil".²⁴

Assim, pode-se dizer que a união estável é equiparada ao casamento,²⁵ quer seja em entidade familiar, quer seja para todos os efeitos e riscos patrimoniais.

3. A IMPORTÂNCIA DA ESCRITURA PÚBLICA PERANTE O ORDENAMENTO COMO MEIO DE PROVA DA ENTIDADE FAMILIAR UNIÃO ESTÁVEL E O CONSEQUENTE REGISTRO NO REGISTRO CIVIL

Como mencionado à união estável poderá ocorrer: por decisão judicial ou por escritura pública, jamais por instrumento particular que terá o condão apenas como meio probatório para a futura decisão judicial de reconhecimento.

Na decisão judicial haverá imprecisão da data da constituição e o regime patrimonial terá que ser o da comunhão parcial de bens. Em contrapartida a escritura pública permitirá que as partes escolham o regime patrimonial, a adoção do nome do companheiro e fixará a data da constituição da entidade familiar. Já o escrito particular valerá apenas como prova documental cuja data da união deverá ser apurada por testemunha, sendo nulo²⁶ o regime de bens escolhidos justamente pela ausência da escritura pública conforme a simetria apresentada no casamento que obriga a lavratura de escritura de pacto antenupcial para solenemente legitimar a autonomia de privada entre as partes.

A escritura pública nada mais é do que a intervenção do Estado que expressamente declara a manifestação da vontade das partes (autonomia privada) para constituir, modificar ou extinguir direitos.²⁷ Assim, a escritura pública como qualquer manifestação de vontade poderá ser revista pelo Poder Judiciário quando eivada de vícios e mediante manifestação dos interessados.

23. Vide: Súmula 380; STF, ADIn 4.277 e ADPF 132, Plenário, j. 05.05.2011, rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011.

24. Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP, disposição 87.4.

25. Vide art. 241, parágrafo único, da Lei 8.112, de 11.12.1990.

26. Art. 166, IV, do CC/2002.

27. A manifestação de vontade das partes é a principal diferença entre a escritura pública e a ata notarial. Neste sentido vide: BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331. OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Notários e registradores: Lei 8.935 de 19.11.1994*. Ed. Juarez de Oliveira, 2009. p. 53. Ainda neste sentido: "Não é unívoco o termo escritura pública: análogo, seu sentido principal é de instrumento público notarial, mas, em sentido amplo, abrange 'os instrumentos públicos da categoria dos extrajudiciais, ou civis' (SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e no comercial*. ed. 1972, IV, p. 85) e igual-

Esta manifestação de vontade é qualificada²⁸ mediante a análise crítica com base em princípios e legislação por um tabelião o qual possui, dentre outros, fé pública em suas atribuições.²⁹

Para que o tabelião possa lavrar e exercer as suas atribuições não basta a intenção das partes, imperioso se faz a apresentação de documentos, quer seja os tipificados na legislação³⁰ quer seja os exigidos pelas normas da corregedoria de cada Estado, quer seja, ainda, os livremente exigidos por ele. Isso porque o tabelião necessita transferir a segurança pública inerente as suas atividades.³¹ Por obviedade o tabelião não poderá exigir documentos impossíveis de serem apresentados.

A partir do momento em que o tabelião lavra a escritura pública é efetivado nos livros o registro. Este registro terá validade apenas declarativa para a produção dos efeitos desta entidade familiar perante terceiros que saibam ou devam saber do pacto de convivência, cabendo, judicialmente, o ônus da prova para os companheiros que visem atestar o conhecimento da situação jurídica sobre esse fato.

Por outro lado, com o devido registro da escritura perante o Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais ocorrerá à presunção de conhecimento de todos e, deste ato, deriva o atributo da publicidade.³² Não apenas a publicidade merece destaque nesta atuação, mas também: (a) a segurança jurídica pretendida pelo sistema; (b) identificação das partes; (c) presunção relativa da legalidade do

mente os atos judiciais. Nesse sentido, destaca-se a lição do eminente Min. Rodrigues Alckmin, no julgamento do REsp 81.632 (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 76/299 e ss.): 'O escrito público, emanado do tabelião de notas ou do escrivão, tem a sua autenticidade assegurada pela mesma fé pública. São escrituras públicas, em sentido amplo, revestidas do mesmo valor. A questão da validade do ato jurídico por eles documentado se desloca, assim, para o âmbito da competência para fazê-lo. Não se cuida de forma, que públicos e dotados de fé pública são os escritos. Mas de saber se podia fazê-lo o serventuário que o fez. Se cabe na competência de um escrivão a documentação de determinado ato os efeitos deste ato serão aqueles que a lei atribua. Assim, quando se realiza um ato no processo, ou um ato de procedimento, cabe ao escrivão documentá-lo, ainda que dele decorra efeito como a transmissão da propriedade. Assim, acontece com as arrematações e as adjudicações. Postos os princípios, vê-se que se, como regra geral, a competência para a documentação de negócios jurídicos que sejam aptos à transmissão do domínio de bens imóveis de valor superior à taxa legal cabe a tabeliães de notas, tal regra não se reveste de natureza absoluta e comporta exceções relativas a atos jurídicos admitidos em procedimentos judiciais.'" (Conselho Superior da Magistratura TJSP na ApCiv 013296-0/0, j. 04.05.1992, rel. Des. Dínio de Santis Garcia e Corregedoria Geral de Justiça – ApCiv 9000001-15.2013.8.26.0602, j. 18.03.2014).

28. Sobre a qualificação e exame vide, dentre outros: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. vol. II, Ed. Basília Jurídica, 1996, p. 408.
29. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 3. ed. Dr. Francesco Montuoro Editore, 1946. p. 188/189.
30. Dec. 93.240, de 09.09.1986.
31. Vide: art. 7.º, parágrafo único, da Lei 8.935, de 18.01.1994. Sobre as atividades notarias importante a leitura de: BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 e OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Notários e registradores: Lei 8.935 de 19.11.1994*. Ed. Juarez de Oliveira, 2009. p. 63.
32. Vide: CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 395 e ss.

ato; (d) atuação diligente e prudente do Oficial e (e) assegurar a regularidade formal do ato com a autenticidade inerente.³³

Isso porque o ato de registro perante o Registro Civil dará a publicidade inerente ao ato praticado em virtude de ter sido lavrado por um oficial competente com fé pública, traduzindo a segurança esperada do ato praticado.³⁴

Para o caso do registro da escritura pública de união estável tem-se que o seu registro é constitutivo em relação à data da constituição (data do registro e não a data declarada pelas partes a respeito do início da união estável) da entidade familiar e declaratória em seu conteúdo, uma vez que a simples união, como fama pública, bastará para a constituição deste ente familiar. A comunicação pelo tabelião ao registro civil onde as partes nasceram será para fins de registro naquele(s) assento(s) dando, assim, publicidade declarativa³⁵ da constituição do ente familiar daquelas pessoas certas. Situação esta que não seria diferente caso o reconhecimento ocorresse por decisão judicial.

Por ser lavrada por um Tabelião, munido de fé pública,³⁶ os atos por ele lavrados serão considerados documentos públicos munidos pela presunção relativa de veracidade, por isso, que lavrar uma escritura pública de união estável é ter a prova necessária para se tornar um sujeito passível de todos os direitos inerentes à entidade familiar, sem que com isso seja necessária a provocação do Poder Judiciário para a sua declaração.

Outro argumento para equiparar a união estável ao casamento é a simetria entre a habilitação no casamento e a lavratura de escritura pública na união estável. No primeiro caso a dupla qualificação passa pelo crivo do Ministério Público enquanto na união estável a primeira qualificação fica a critério do tabelião de notas, agente público com as mesmas obrigações e fé pública que por equivalência detém o membro do *parquet* para dirimir sobre a possibilidade ou não do pacto de convivência.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA DA SÚMULA 332/STJ

A interpretação é de suma importância, pois dela se extrai o conteúdo de uma palavra, de uma frase ou de uma ideia, permitindo desta forma a comunicação e a compreensão do almejado. Uma interpretação errônea pode gerar conflitos e, desta forma, incidência em erro.

Interpretar muitas vezes consiste não só em extração de conteúdo, mas também de atribuir conceitos a expressões abstratas que o legislador infere na norma jurídica. A interpretação fornece além do material de confronto para as hipóteses legais, também pontos de referências para a comparação. Por isso, correto dizer que para uma perfeita interpretação deve-se entender a essência do instituto.³⁷

33. AMORIM, Sebastião Luiz e outro. Aspecto da escritura pública. *RDI* 1/27. São Paulo: Ed. RT, jan. 1978. p. 27.

34. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Ed. Basília Jurídica, 1996, vol. II, p. 18-21.

35. Neste sentido: CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 389. Sobre o estado civil e o registro civil: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*, Ed. Basília Jurídica, 1996, vol. II, p. 21-25.

36. Vide arts. 215 e 217 do CC/2002 e art. 364 do CPC.

37. Sobre a "essência" vide Lourival Vilanova. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947. p. 64-67. In: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo:

Desta forma, temos que "a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais... a indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos e casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico".³⁸ É fazer a conexão entre o sentido e o fim, observando a ética, repercussão social e os interesses em questão.

A interpretação possui dois sentidos: um externo e um interno. O primeiro consiste numa forma de extração de conteúdo e alcance da norma jurídica. O segundo compreende em apreender o sentido dos preceitos jurídicos ou melhor a compreensão do conteúdo material.

Assim, vale a assertiva de que a interpretação jurídica consiste em atribuir formas representativas como fontes de valoração da ordem jurídica. A interpretação jurídica não é apenas interpretar a norma jurídica abstrata, mas também todas as condutas e circunstâncias juridicamente relevantes. Tem-se como juridicamente relevante o que se encontra no mundo jurídico, ou seja, um fato *lato sensu* que gerará efeitos jurídicos, haja vista a sua normatização pelo legislador.

Não obstante, não se pode deixar de ater-se a um fato importantíssimo: a interpretação jurídica não pode ser tendenciosa, ou seja, por mais que seja necessário um caso concreto ou abstrato para a solução de problemas, deve esta interpretação ser racional, imparcial e com conectividade ao fim descrito naquilo que se dá à interpretação. Deve-se sempre analisar o almejado com base no todo, no conjunto de valores.

Por tal razão até para que se possa aplicar a Súmula 332³⁹ do Colendo STJ, importante se faz conhecer os precedentes que a fundaram.

A mencionada súmula foi publicada em 13.03.2008 época em que já existente a união estável, contudo não tão equiparável à entidade familiar. Era um momento de evolução do sistema no ano em que o Código Civil fazia cinco anos de vigência.

Os precedentes principais que geraram a citada súmula foram no seguinte sentido:

- 1) REsp 832.669/SP, AgRg no REsp 540.817/DF, REsp 436.017/RS, REsp 329.037/SP: a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro e o cônjuge que assinou sem a outorga do outro não possui legitimidade para arguir esta invalidade. Para estas duas decisões o Superior Tribunal careceu de fundamentação, restringindo o voto à menção de outras decisões.
- 2) REsp 860.795/RJ, REsp 604.326/SP (com o acréscimo pela nulidade e não anulabilidade), REsp 351.272/SP, REsp 281.818/SP (ainda que omitida a condição de casado): Não admissibilidade que um cônjuge preste fiança sem a anuência do outro, "isso porque não se admite que qualquer dos cônjuges preste fiança sem autorização do outro, sob pena de o ato se tornar nulo de pleno direito, sendo certo afirmar que a nulidade é tal que não se limita apenas à meação da mulher, alcançando também a do cônjuge virago". Assim, também não restou esclarecida em caráter de fundamentação tal posição.

Saraiva, 2014, p. 45. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1969. p. XIII. AMARAL, Francisco. *Direito Civil introdução*. 2. ed. aum. e atual. Renovar: Rio de Janeiro, 1998, p. 83. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 130 e ss.

38. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Trad. e prefácio de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. p. 102. Destaque no original.

39. "A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia."

3) REsp 772.419/SP, REsp 525.765/RS, REsp 304.179/SP: falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro; o cônjuge que assinou sem a outorga do outro não possui legitimidade para arguir esta invalidade; nulidade relativa; legitimidade cônjuge e herdeiros. A fundamentação ficou restrita à menção de acórdãos.

4) REsp 265.069/SP, REsp 94.094/MS e RE 70.760: nula a fiança sem a outorga do cônjuge com a fundamentação no art. 235, III, do revogado Código Civil de 1916 que proibia expressamente o marido ser fiador sem a outorga da esposa, independentemente do regime de bens.

Assim, diante das premissas trazidas, depreende-se que tanto o STF como o STJ pacificaram o entendimento ensejador da súmula em análise sob a ótica legal, pois, enquanto vigente, o Código Civil revogado tinha disposição expressa sobre a vedação de um dos cônjuges ser fiador sem a anuência do outro. Verifica-se que o legislador pretendeu com esta disposição a proteção patrimonial dos cônjuges ante a assunção de responsabilidades como garantidor.

Contudo, como também mencionado, a súmula foi publicada em 13.03.2008, ou seja, já na vigência do atual Código Civil e é certo que o citado dispositivo do Código de 1916 foi reproduzido na atual legislação nos termos do art. 1.647, III, porém com uma alteração: a outorga não será necessária se o regime de bens for o da separação absoluta.

A fiança é um contrato acessório que tem por finalidade garantir o adimplemento de uma obrigação. Por mais que o vínculo seja pessoal, a execução recairá sobre o patrimônio.⁴⁰ Isso implica concluir que o legislador manteve a essência do Código Civil de 1916 em visar à proteção patrimonial dos cônjuges, uma vez que, dentre outros efeitos inerentes à fiança, o fiador tem o risco de não estar protegido pelo instituto do bem de família.

5. ANÁLISE CRÍTICA DO REsp 1.299.866/DF, REL. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, J. 25.02.2014 E CONCLUSÃO

Para a perfeita e completa compreensão do julgado proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão no REsp 1.299.866/DF, necessário se faz a análise de todo o processo judicial, desde a sua origem. Assim, será permitido tecer as críticas propostas no presente estudo com a fidelidade próxima a do julgador, evitando, com isso, análise descredenciada da realidade fática.

Durante a tramitação de um processo de execução decorrente do inadimplemento de aluguel, a exequente obteve êxito em penhorar os bens de uma das fiadoras. Desta sorte, em 07.10.2008 foram opostos perante a décima primeira vara cível da circunscrição especial judiciária de Brasília/DF os competentes Embargos de Terceiro sob a seguinte alegação: (1) os bens penhorados pertencem a pessoa estranha ao processo; (2) os bens penhorados foram adquiridos durante a constância de união estável com uma das fiadoras e (3) a época em que a devedora figurou como fiadora a união estável já existia, sendo certo que o embargante não outorgou a sua anuência, juntando para tanto a escritura pública desta entidade familiar.

Destaca-se que no contrato de locação a fiadora supra constou como divorciada e que a união estável fora constituída perante o cartório de notas antes da locação.

Observado o contraditório, adveio a sentença julgando extinto o processo sem resolução do mérito por entender que ante o infimo valor a ser penhorado a meação estaria protegida.

40. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Borsoi, 1972. t. XLIV. p. 91, 93. MONTEIRO, Iolanda Regina. A outorga uxória na união estável. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. 2/1211. São Paulo: Ed. RT, ago.-2011.

Em primeira análise já se constata o equívoco nos autos: não fora enfrentado pelo magistrado de primeira instância a argumentação da tutela dos conviventes em respeito à Súmula 332 do STJ, bem como independente do valor a ser penhorado a meação encontrou-se em risco.

Devidamente opostos os embargados de declaração adveio a decisão reconhecendo o equívoco da decisão para o fim de excluir a meação do embargante, pois este não figurou como fiador e, por consequência devedor, no contrato objeto de execução. No que diz respeito a outorga do convivente para prestar fiança o magistrado refutou a argumentação, pois a fiadora se apresentou como divorciada, não cabendo ao credor a investigação da vida particular. Diante disto a sentença foi mantida.

Intimado, o prejudicado apresentou o seu recurso de apelação, sendo que, após a observância do contraditório e da ampla defesa, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios cuja decisão foi no sentido de acolher o recurso de apelação reconhecendo que a aplicabilidade do art. 1.725 do CC/2002 e determinando que a fiança sem a outorga do companheiro é nula.

Em sua fundamentação a 4.ª Turma Cível do citado Tribunal, sob a relatoria do Desembargador Cruz Macedo entendeu que: (1) nos termos dos precedentes do STJ o fiador não pode alegar a nulidade da fiança pela ausência da outorga, contudo o convivente pode (ou seja, quem não deu causa a nulidade); (2) A união estável adota, como regra, o regime de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do CC/2002 e, por esta razão, não pode a companheira dispor dos seus bens ou prestar fiança sem a anuência do companheiro.

Vale notar que no citado acórdão, ao traslar a jurisprudência vinculada ao tema, não colaciona jurisprudências que envolvam a união estável, mas sim a expressão "cônjuge" cujo uso é adotado para o casamento.

Assim, concluiu o citado acórdão pelo provimento ao recurso, determinando a aplicabilidade dos arts. 1.725 e, principalmente, 1.647, III, ambos do CC/2002, para a união estável.

Inconformada com esta decisão e aposto a negativa a respeito dos embargos de declaração opostos, a locadora, então exequente, apresentou o recurso especial competente aduzindo que não se trata de simples ausência da outorga uxória do companheiro, mas também pela omissão da fiadora que se qualificou como divorciada, omissão esta que violaria os preceitos da boa-fé objetiva. Destarte, pleiteia a reforma da decisão proferida em sede de Tribunal de Justiça para o fim de restabelecer a sentença de primeira instância ante a omissão dolosa do estado civil.

Frisa-se que não foi questionado em sede de recurso especial se a Súmula 332 do STJ seria aplicável à união estável, como entendeu o Tribunal de Justiça.

Observado o contraditório, os autos foram remetidos ao Colendo STJ e distribuídos sob o número 1299866 (2011/0312256-8) para a Quarta Turma, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão.

Analisado os autos, a decisão proferida em sede de Tribunal de Justiça foi reformada por unanimidade, sob a seguinte fundamentação, nos termos do voto do Ministro relator:

- 1) a doutrina majoritária e o Ministro relator são defensores da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por tratar de maneira diferenciada o casamento e a união estável, bem como por tratar de maneira discriminatória os filhos;
- 2) o que se afirmou foi a ausência de superioridade familiar do casamento e não a coincidência da união estável com esse instituto;
- 3) a união estável não é semelhante ao casamento, pois se assim pretendesse o legislador teria acostado na Constituição e não a facilitação de sua conversão, por isso, de sua fragilidade no sistema e a menor segurança jurídica;
- 4) o casamento é ato jurídico solene e entidade familiar;
- 5) enquanto entidade familiar a união estável não difere do casamento; restando a diferença apenas quando se analisa o casamento como ato solene e publicidade, o que justifica o tratamento diferenciado e, por isso, é que se justifica a desnecessidade da *vênia* conjugal para a fiança;

6) a escritura pública de união estável não é ato constitutivo, mas sim prova de uma situação fática que não se sabe ao certo quando começa e quando termina;

7) a união estável não altera o estado civil e que qualquer contratante teria que percorrer todos os cartórios de notas para descobrir se houve ou não a lavratura de tal escritura.

Eis o breve resumo dos fatos e das fundamentações que conduziram à decisão que ora se fundamentará em sentido diverso.

No que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 encontra-se com acerto o Ministro relator. Isso porque a Constituição Federal não permite este tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento, pois aquele foi elevado em nível de entidade familiar como este.

Contudo, nos demais aspectos não se pode concordar. Conforme anteriormente abordado, a origem da família foi com a fama pública e, somente após a exigência da Igreja é que os registros passaram a ali serem efetuados. Com a queda do poder da Igreja fora criado o sistema de registro civil.

Com a evolução da sociedade, ante a fragilidade do sistema, verificou-se a necessidade de se traduzir maior segurança para a relação que envolvia a entidade civil (vinculada às pessoas), por isso, a solenidade do casamento.

Ocorre que, nos termos atuais, inegável que o sistema pode ser falho tanto em se tratando de união estável, como no casamento. Lógico que para aquela é mais fácil a fraude do que para esta, por isso, o sistema vem se aperfeiçoando e o Poder Judiciário se encontra cada vez mais preparado para estas situações.

Assim, a união estável quando documentada por simples contrato escrito ou por escritura pública não registrada no registro civil terá o condão de produzir provas perante o Poder Judiciário o efetivo reconhecimento da entidade familiar. Em contrapartida, se lavrada por escritura pública e registrada no registro civil de nascimento (livro E) com a respectiva anotação na certidão de nascimento, pelos efeitos da publicidade registral, deverá para todos os efeitos ser equiparada ao casamento.

Imperioso destacar o entendimento de que a escritura pública dará publicidade, em sua lavratura, do ato praticado e o registro no registro civil dará duplo efeito: (1) constitutivo em relação a data e (2) declaratória em relação ao conteúdo.

Vale ainda lembrar que a Constituição é de 1988, momento este em que a união estável fora reconhecida, por isso, da facilitação de sua conversão ao casamento. Contudo, nos dias atuais este entendimento classista não poderá prevalecer, justamente pelo atual estado da sociedade, por isso, que, como mencionado pelo Ministro relator, não há que se falar em superioridade do casamento em relação a união estável.

No que diz respeito à solenidade, em que pese a ausência dos proclamas, o Tabelião, ao lavrar a escritura pública de união estável, deverá adotar as mesmas cautelas legais referentes ao casamento, sob pena de causar inúmeras entidades familiares o que ainda não é reconhecido em nosso sistema.

Assim, a solenidade não pode prevalecer sobre a realidade social, devendo ser atribuído o valor inerente à norma nos termos da evolução da sociedade.

Diante desta premissa é mister reconhecer a união estável como entidade civil, sob pena de conviventes terem as qualificações diferentes da realidade, o que poderá ensejar em eventuais discussões de fraudes por "omissão" nas informações, o que violaria expressamente a boa-fé, por força dos arts. 113, 187 e 422 todos do CC/2002, tão tutelada em nosso ordenamento desde Ulpiano, quando assim instituída: Viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não prejudicar o próximo.

O fato é tão controverso e mal definido que alguns registradores devolvem os títulos quando se encontra a qualificação das pessoas como em união estável. Esta postura deve ser revista, sob pena de se comprometer a segurança jurídica dos comparecentes no ato que devem ter como norte a Constituição vigente e todos os seus postulados.

Não é por mais, ainda, que se a união estável pode causar insegurança no ordenamento, a extinção do casamento também. Inúmeros são os casos em que as pessoas casadas acabam se separando de fato, não formalizando a extinção desta sociedade, e, no tempo, constituem outra família. Esta insegurança também coloca o instituto do casamento em cheque e ensejaria na injusta aplicação da súmula ora comentada.

Por derradeiro, vale lembrar que o inc. III do art. 1.647 do CC/2002 está geograficamente situado no Título II (Direito Patrimonial), Subtítulo I (Do Regime de Bens entre os Cônjuges), Capítulo I (Disposições Gerais), o qual também é aplicado à união estável, quer seja diante da vontade expressada na escritura pública, quer seja por força do art. 1.725, também do aludido Código.

Esta análise geográfica não foi enfrentada pelo Colendo STJ e, de fato e de direito, merecia ter sido enfrentada, isso porque o regime de bens nada mais é do que a disposição patrimonial e, nenhuma pessoa, sobre o manto da entidade familiar, pode colocar o patrimônio em risco.

Demonstrando o avanço do sistema, o direito previdenciário já em 1990 equiparou a união estável ao cônjuge.⁴¹

Desta sorte, imperiosa se faz a revisão da entidade familiar união estável para o fim de equipará-la ao casamento⁴² e o seu reconhecimento como entidade civil com o respectivo registro no registro civil e a devida anotação na certidão de nascimento. Por tais premissas, discorda-se da decisão proferida tanto em primeira instância, como em sede de Superior Tribunal, devendo a Súmula 332 do STJ também ser aplicada para a união estável.

6. REFERÊNCIA

6.1.1 Fonte primária

Constituição Federal.

Código Civil (2002).

Código Civil (1916).

Código de Processo Civil.

Lei 4.827, de 07.03.1924.

Lei 6.015, de 31.12.1973.

Lei 8.935, de 18.11.1994.

Lei 8.971, de 29.12.1994.

Lei 9.278, de 10.05.1996.

Lei 8.112, de 11.12.1990.

Dec. 4.857, de 09.11.1939.

Dec. 5.318, de 29.02.1940.

Dec. 5.553, de 06.05.1940.

Dec. 93.240, de 09.09.1986.

Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII do TJSP.

41. Parágrafo único do art. 241 da Lei 8.112, de 11.12.1990.

42. Vide: TJPR, Processo 917426-3, 8.ª Câm. Cív., j. 01.11.2012, rel. Des. José Laurindo de Souza Netto.

6.1.2 FONTE SECUNDÁRIA

6.1.2.1 Doutrina

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil introdução*. 2. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMORIM, Sebastião Luiz e outro. Aspecto da escritura pública. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 1. p. 27. São Paulo: Ed. RT, jan. 1978.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. In: PELUSO, César (coord). 3. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2009.
- COSTA, Dilvanir José da. A família nas constituições. *Revista dos Tribunais*. vol. 847. p. 737. São Paulo: Ed. RT, maio 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DAL COL, Helder Martinez. A união estável perante o Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 818. p. 11. São Paulo: Ed. RT, dez. 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*. vol. 667. p. 17. São Paulo: Ed. RT, maio 1991.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Trad. e prefácio de J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1964.
- ERPEN, Décio Antônio. O instituto da família e os registros públicos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 53. p. 115. São Paulo: Ed. RT, jul. 2002.
- GONTIJO, Segismundo Marques. Do instituto da união estável. *Revista dos Tribunais*. vol. 712. p. 78. São Paulo: Ed. RT, fev. 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1969.
- MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Novíssima guia prática dos tabellães ou o notário no Brazil e a necessidade de sua reforma*. H. Garnier: Livreiro-Editor, 1904.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2. édition. Dalloz: Les Éditions Thémis, 2008.
- MARCO, Eliane Mora. O regime condominial da união estável e a importância de sua comunicação ao serviço registral imobiliário. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 5. p. 341. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.
- MARNOCO E. *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português*. 3. ed. Coimbra: França Amado Ed., 1910.
- MARTINS Jr., J. Izidoro. *Compêndio de historia geral do direito*. Livraria Contemporânea, 1898.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- MONTEIRO, Iolanda Regina. A outorga uxória na união estável. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. vol. 2. p. 1211. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.
- OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Notários e registradores: Lei 8.935 de 19.11.1994*. Ed. Juarez de Oliveira, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Borsoi, 1972. t. XLIV.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. Ed. Brasília Jurídica, 1996. vol. I.

_____. *Tratado dos registros públicos*. Ed. Brasília Jurídica, 1996. vol. II.

SILVA, Assuelma Arantes da. A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* da parternidade. *Doutrinas essenciais de Família e Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011. vol. 4.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 3. ed. Dr. Francesco Montuoro Editore, 1946.

6.1.2.2 Jurisprudência

REsp 832.669/SP, j. 17.05.2007, Min. Maria Thereza de Assis Moura.

REsp 860.795/RJ, j. 05.09.2006, Min. Laurita Vaz.

REsp 772.419/SP, j. 16.03.2006, Min. Arnaldo Esteves Lima.

AgRg no REsp 540.817/DF, j. 14.02.2006, Min. Hélio Quaglia Barbosa.

REsp 436.017 RS, j. 05.04.2005, Min. Barros Monteiro.

REsp 604.326/SP, j. 02.03.2004, Min. Paulo Medina.

REsp 525.765/RS, j. 29.10.2003, Min. Castro Filho.

REsp 329.037/SP, j. 18.12.2002, Min. Paulo Gallotti.

REsp 304.179/SP, j. 07.02.2002, Min. Hamilton Carvalhido.

REsp 351.272/SP, j. 20.11.2001, Min. Vicente Leal.

REsp 281.818/SP, j. 15.05.2001, Min. José Arnaldo da Fonseca.

REsp 265.069/SP, j. 07.11.2000, Min. Gilson Dipp.

REsp 94.094/MS, j. 26.08.1996, Min. Ruy Rosado de Aguiar.

RE 70.760/STF, j. 04.12.1970, Min. Djaci Falcão.

STF, ADIn 4.277 e ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, Plenário, DJE 14.10.2011.

STJ, AgIn no REsp 1.35.4/PB, Corte Especial, j. 27.05.2011, Min. Luis Felipe Salomão.

RJTJRS 170/296, j. 10.11.1994, v.u., rel. Des. Eliseu Gomes Torres.

Súmula 380 do STF.

Súmula 332 do STJ.

TJDFT, Análise dos autos n. 2008.01.1.130130-3 da 11.ª Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília, que ensejou no REsp 1.299.866/DF.

TJPR, Processo 917426-3, 8.ª Câ. Civ., j. 01.11.2012, rel. Des. José Laurindo de Souza Netto.

TJSP, Ap 9000001-04.2013.8.26.0541, Conselho Superior da Magistratura, Corregedor Geral de Justiça, j. 18.3.2014, rel. Hamilton Elliot Akel.

TJSP, ApCiv 013296-0/0, Conselho Superior da Magistratura j. 04.05.1992, rel. Des. Dínio de Santis Garcia.

ApCiv 9000001-15.2013.8.26.0602, Corregedoria Geral de Justiça, j. 18.03.2014.

FÁBIO PINHEIRO GAZZI

Mestre em Direito (PUC-SP). Pós-graduado lato sensu em Direito dos Contratos (IICS/CEU). Professor de Graduação (Anhanguera) e de Pós-graduação em Direito Imobiliário (PUC-SP) e em Direito Notarial e Registral (LFG). Palestrante. Advogado.
fabio@gssa.adv.br

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os ministros da 4.^a T. do STJ acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. ministro relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. ministro relator.

Brasília, 25 de fevereiro de 2014 (data do julgamento) – LUIS FELIPE SALOMÃO, relator.

REsp 1.299.866 – DF (2011/0312256-8).

Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Recorrente: Linea G Empreendimentos de Engenharia Ltda. – advogados: Flávio Luis Medeiros Simões e outros.

Recorrido: Carlos Levino Vilanova – advogados: Antônio Carlos Rebouças Lins e outros.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão (relator): 1. Carlos Levino Vilanova opôs embargos de terceiro em face de Linea G Empreendimentos de Engenharia, aduzindo que a embargada/exequente firmara contrato de locação de imóvel comercial com Valdemir Ribeiro Martins, figurando Esther Costa Rebello, então executada, como fiadora. Diante do inadimplemento das parcelas mensais relativas a dezembro de 2006 a novembro de 2007, a embargada/exequente ajuizou execução contra esta, tendo sido penhorado o imóvel onde o embargante residia com a executada/fiadora.

Nos embargos de terceiro, o embargante sustentou, fundamentalmente, a nulidade da fiança em razão da falta de outorga uxória, pois convivia em união estável com a fiadora desde 1975. Na mesma linha, pretendia a anulação da constrição que recaiu sobre o imóvel do casal.

O Juízo de Direito da 11.^a Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF julgou extintos os embargos (f.).

Porém, a sentença foi reformada em grau de apelação, em razão da falta de outorga do embargante à fiança prestada pela executada:

“Processo civil. Embargos de terceiro. Execução de encargos locatícios. Fiador. União estável. Outorga uxória. Ausência. Nulidade da fiança.

1. Nos termos do art. 1.725 do CC/2002, aplica-se à união estável o regime de comunhão parcial de bens. Por essa razão, não pode a companheira dispor de seus bens, ou prestar fiança sem anuência de seu companheiro.

2. É nula a fiança prestada sem a outorga uxória do cônjuge/companheiro da fiadora.

3. Recurso provido” (f.).

Opostos embargos de declaração (f.), foram eles rejeitados (f.).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea c do permissivo constitucional, no qual alegou a recorrente a validade da fiança recebida sem outorga uxória, por-

quanto seria impossível o credor saber que a fiadora vivia em união estável com seu companheiro.

A recorrente sustentou, ainda, que a fiadora, no contrato levado a juízo, deve responder pelas dívidas de locação até a efetiva entrega das chaves, tal como previsto no contrato.

Contra-arrazoado (f.), o especial foi admitido (f.).

É o relatório.

REsp 1.299.866 – DF (2011/0312256-8).

Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Recorrente: Linea G Empreendimentos de Engenharia Ltda. – advogados: Flávio Luis Medeiros Simões e outros.

Recorrido: Carlos Levino Vilanova – advogados: Antônio Carlos Rebouças Lins e outros.

Ementa: Direito civil – constitucional. Direito de família. Contrato de locação. Fiança. Fiadora que convivia em união estável. Inexistência de outorga uxória. Dispensa. Validade da garantia. Inaplicabilidade da Súmula 332 do STJ.

1. *Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.*

2. *Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.*

3. *Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de “segunda classe” pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.*

4. *A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.*

5. *Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula 332 do STJ à união estável.*

6. *Recurso especial provido.*

VOTO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão (relator):

2. A controvérsia analisada pelo TJDF, e que foi devolvida a esta Corte, consiste em saber se é válida a fiança prestada durante união estável, sem a outorga do outro companheiro.

Registro o teor da Súmula 332 do STJ, editada depois de vários precedentes que analisaram a questão – sempre no âmbito do casamento:

“Súmula 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

3. De fato, já é conhecida a posição defendida pela majoritária doutrina – e por mim abraçada em mais de uma oportunidade nesta Casa – acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, seja porque confere tratamento diferenciado entre casamento e união estável em matéria na qual se mostra injustificável tal distinção, seja porque, a propósito de disciplinar de modo diverso os dois institutos, acaba, de forma canhestra, conferido tratamento discriminatório aos filhos, a depender se são nascidos de casamento ou de união estável, o que conflita frontalmente com o art. 227, § 6.º, da CF/1988.

O tema já foi submetido à Corte Especial, mas esta não conheceu do incidente por questões formais de admissibilidade (AgIn no REsp 1135354/PB, Corte Especial, j. 03.10.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki).

Posteriormente, outros dois recursos foram afetados para a Corte Especial: AgIn no REsp 1291636/DF, 4.ª T., j. 11.06.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão; AgIn no REsp 1318249/GO, 4.ª T., j. 11.06.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, que pendem de julgamento.

O tema recebeu crivo positivo de repercussão geral no STF:

“União estável – Companheiros – Sucessão – Art. 1.790 do CC/2002 – Compatibilidade com a Constituição Federal assentada na origem – Recurso extraordinário – Repercussão geral configurada. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do art. 226 da CF/1988, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no art. 1.790 do CC/2002” (Repercussão Geral no RE 646721, j. 10.11.2011, rel. Min. Marco Aurélio).

3.1 Nessa esteira, cumpre para logo ressaltar, todavia, que nunca foi afirmada a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento.

Na verdade, apenas se afirmou que não há superioridade familiar do casamento ou predileção constitucional por este.

Nesse ponto, é bem verdade que, parte da doutrina – no que foi seguida, em alguma medida, pela jurisprudência – tenta justificar eventual tratamento diferenciado dado às uniões estáveis, comparativamente ao casamento, acionando-se a parte final do art. 226, § 3.º, da CF/1988, *verbis*:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, *devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

Afirma-se que união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

O mencionado dispositivo constitucional, segundo penso, consubstancia apenas uma fórmula de facilitação da conversão. A união estável pode – se assim desejarem os conviventes – converter-se em casamento. Cuida-se de comando direcionado ao legislador ordinário e aos agentes públicos para que, se for o desejo dos companheiros, não embarquem a conversão da união estável em casamento.

Penso que a parte final do § 3.º do art. 226 da CF/1988 é simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento e, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Assim, é tão somente em razão da natural insegurança e fragilidade dos vínculos existentes na união estável, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, ciente o constituinte originário que é pelo casamento que o Estado melhor protege a família.

3.2 Na verdade, o que se mostra relevante para a construção de uma jurisprudência consistente acerca do tema é saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles, o que já foi por mim manifestado em voto proferido na citada AgIn no REsp 1.135.354/PB.

Nesse passo, toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da *dupla concepção do que seja casamento* – por um lado, *ato jurídico solene* do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma *entidade familiar*, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

No ponto, evidentemente a Constituição Federal não toma, em metonímia, a causa pelo efeito e não mistura a proteção especial conferida à família resultante do casamento com o ato solene “casamento civil”, cuja celebração é gratuita (art. 226, § 1.º).

Assim, caso se queira confrontar casamento e união estável, é de se ter em vista, por primeiro, em qual seara se está a caminhar, se no âmbito das relações familiares ou se nos efeitos jurídicos decorrentes exclusivamente do ato cartorário chamado “casamento civil”.

Portanto, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de “segunda classe” pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

De fato – sem que se pretenda enumerar à exaustão –, são vários os casos em que os efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento justificam o tratamento distinto entre ele e a união estável.

São hipóteses que decorrem diretamente da solenidade e da publicidade do ato jurídico, atributos que parecem ser, “aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório e assim por diante” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409-410).

Assim, se alguém pretender negociar com pessoas casadas, é imperioso que saiba o regime de bens e, eventualmente, a projeção da negociação no patrimônio do consorte; a outorga uxória para a prestação de fiança também é hipótese que demanda “absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento” (TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*).

4. Um dos paradigmas colacionados para o confronto – o qual, adiante-se, julgo apto à comprovação do dissídio – fornece bem a visão prática do que ora se afirma. Entendeu o julgador ser válida a hipoteca dada por um companheiro sem a outorga do outro (REsp 952141/RS, 3.^a T., j. 28.06.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.08.2007).

O saudoso relator afirmou:

“Era impossível que o banco exigisse do devedor a ‘outorga uxória’, ou ato que o valha, pois não tinha como saber da existência da união estável.

Ora, garantir à recorrida o direito à meação é legitimar a atitude condenável de seu companheiro, que omitiu a existência da união estável.

A má-fé do devedor não pode prejudicar o credor, especialmente se este último não tem como se proteger.

(...)

A se admitir que a recorrida ponha a salvo sua meação, em prejuízo do banco recorrente, estaríamos estimulando a conduta desleal do devedor.

A possibilidade de fraudes seria enorme, até porque não é possível que o credor tenha ciência inequívoca da situação de fato em que se envolve o devedor.

A existência da união estável, embora tenha repercussão jurídica, é um fato da vida. Não há exigência de que seja registrada para que exista!”.

Com efeito, voltando ao exame do caso em julgamento, a exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por aquele aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável se justifica. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

Na mesma linha, não parece nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável, sem a outorga uxória do outro companheiro.

De resto, a celebração de escritura pública entre os consortes não afasta essa conclusão, porquanto não é ela própria o ato constitutivo da união estável. Presta-se apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina.

Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela tivessem conhecimento, o contratante deveria percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que se mostra inviável e inexigível.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para, julgando válida a fiança prestada, rejeitar os embargos de terceiro.

Por consequência, condeno o embargante/recorrido ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, os quais ora fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com base no art. 20, § 4.º, do CPC.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 4.ª T.; REsp 1.299.866/DF; número do registro: 2011/0312256-8; números de origem: 11301303, 1301303120088070001, 20080111301303 e 20080111301303RES; processo eletrônico; pauta: 25.02.2014; julgado: 25.02.2014; relator: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho; secretária: Teresa Helena da Rocha Basevi.

Autuação – Recorrente: Linea G Empreendimentos de Engenharia Ltda. – advogados: Flávio Luis Medeiros Simões e outros; recorrido: Carlos Levino Vilanova – advogados: Antônio Carlos Rebouças Lins e outros.

Assunto: Direito civil – Obrigações.

Certidão – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A 4.ª T., por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. ministro relator”.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. ministro relator.

STJ – REsp 1.424.275/MT – 3.ª T. – j. 04.12.2014 – v.u. – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 16.12.2014 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Família e Sucessões.

UNIÃO ESTÁVEL – Alienação de bem imóvel adquirido na constância da convivência, sem o consentimento do companheiro – Admissibilidade – Ausência de registro no álbum imobiliário em que inscrito o bem alienado sobre a copropriedade ou a existência da união – Segurança jurídica que exige a preservação dos interesses do adquirente de boa-fé.

Jurisprudência no mesmo sentido

- RT 826/228 (JRP\2004\1227).

Veja também Jurisprudência

- RT 944/512 (JRP\2014\1099) e RDB 39/187 (JRP\2008\2464).

Veja também Doutrina

- A outorga uxória na união estável, de Iolanda Regina Monteiro, RDPriv 43/260, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 2/1211 (DTR\2010\417).

REsp 1.424.275 – MT (2012/0075377-7).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: L. A. – advogado: Paulo Sérgio Matias Patrui.

Recorrido: S. C. e R. Ltda. – advogado: Flávio Américo Vieira.

Ementa: Recurso especial. Direito patrimonial de família. União estável. Alienação de bem imóvel adquirido na constância da união. Necessidade de consentimento do companheiro. Efeitos sobre o negócio celebrado com terceiro de boa-fé.

1. A necessidade de autorização de ambos os companheiros para a validade da alienação de bens imóveis adquiridos no curso da união estável é consecutório do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do CC/2002, além do reconhecimento da existência de condomínio natural entre os conviventes sobre os bens adquiridos na constância da união, na forma do art. 5.º da Lei 9.278/1996, Precedente.

2. Reconhecimento da incidência da regra do art. 1.647, I, do CC/2002 sobre as uniões estáveis, adequando-se, todavia, os efeitos do seu desrespeito às

nuanças próprias da ausência de exigências formais para a constituição dessa entidade familiar.

3. Necessidade de preservação dos efeitos, em nome da segurança jurídica, dos atos jurídicos praticados de boa-fé, que é presumida em nosso sistema jurídico.

4. A invalidação da alienação de imóvel comum, realizada sem o consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida à união estável mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência (sic) união estável no ofício do registro de imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou pela demonstração de má-fé do adquirente.

5. Hipótese dos autos em que não há qualquer registro no álbum imobiliário em que inscrito o imóvel objeto de alienação em relação à copropriedade ou mesmo à existência de união estável, devendo-se preservar os interesses do adquirente de boa-fé, conforme reconhecido pelas instâncias de origem.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

COMENTÁRIO

OUTORGA UXÓRIA: É VÁLIDA A ALIENAÇÃO SEM ANUÊNCIA DE COMPANHEIRO À TERCEIRO DE BOA-FÉ SE NÃO HOUVER PUBLICIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL

Cuida-se de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo TJMT, que negou provimento ao recurso impetrado pela recorrente, decidindo que a outorga uxória da companheira é uma exigência legal que não se aplica à hipótese de união estável, com relação a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé. Nas razões do REsp, a recorrente alegou violação ao art. 226, § 3.º, da CF/1988 e aos arts. 1.º e 5.º da Lei 9.278/1996; 1.725 do CC/2002 e 449 e 794, II, do CPC. Destacou, também, que não há dúvidas quanto à relação marital vivida entre o casal, da qual sobreveio uma filha, e a construção conjunta do patrimônio. Desta forma, alegou ser nula a alienação patrimonial sem a outorga da recorrente, sua companheira, máxime a má-fé do adquirente do imóvel. Alegou, ainda, que o imóvel objeto da venda é residência da família.

Ao analisar o recurso, o relator do acórdão, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, entendeu que, de acordo com os autos, extrai-se a confirmação de existência de união estável entre os litigantes, além da aquisição do imóvel no curso desta relação familiar e sua alienação sem a autorização da convivente/demandante. Apontou que, tendo sido adquirido o imóvel, o mesmo se tornou domicílio do casal até a separação e que este fora locado para complementação de renda. Afirmou, ainda, que a recorrente, ao tentar retomar a posse do imóvel, tomou conhecimento de que o mesmo fora alienado pelo seu companheiro sem seu conhecimento. Assim, considerando o art. 5.º da Lei 9.278/1996, o relator entendeu que os bens adquiridos na constância da união são considerados fruto do trabalho e da colaboração em comum, passando a pertencer a ambos os conviventes, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito e que a administração deste patrimônio compete a ambos, o que não ficou registrado no acórdão atacado. Desta forma, para o relator, a alienação do bem em condomínio por ambos os conviventes, sem a anuência

de um deles, representa venda a *non domino*. Ademais, inofidável a aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável, conforme art. 1.725 do CC/2002 e que, por tal motivo, nenhum cônjuge pode, sem o consentimento do outro, alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis. O relator ainda entendeu que a invalidação da alienação de imóvel comum sem o consentimento do companheiro dependerá da publicidade da união estável, mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência da união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou pela demonstração de má-fé do adquirente. Uma vez que não houve tal averbação e inexistindo indícios de má-fé do adquirente, o relator entendeu que devem ser preservados os efeitos do ato de alienação *in casu*. Por fim, o relator afirmou que o direito da companheira prejudicada pela alienação do bem que integrara o patrimônio comum remanesce sobre o valor obtido com a alienação, o que deverá ser objeto de análise em ação própria, onde se discuta acerca da partilha do patrimônio do casal.

Diante do exposto, a 3.^a T. do STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Min. relator, no sentido de se preservar os interesses do adquirente de boa-fé, conforme reconhecido pelas instâncias de origem.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. 3.^a T. do STJ, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. ministro relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. ministro relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. João Otávio de Noronha.

Brasília, 04 de dezembro de 2014 (data de julgamento) – PAULO DE TARSO SANSEVERINO, relator.

REsp 1.424.275 – MT (2012/0075377-7).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: L. A. – advogado: Paulo Sérgio Matias Patruni.

Recorrida: S. C. R. Ltda. – advogado: Flávio Américo Vieira.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Trata-se de recurso especial interposto por L. A. contra o acórdão do E. TJMT, cuja ementa está assim redigida:

“Apelação cível – Ação de nulidade de ato jurídico c/c nulidade de registro – União estável – Venda de imóvel a terceiro de boa-fé – Outorga uxória – Desnecessidade – Negociação válida – Sentença mantida – Recurso conhecido e improvido. A outorga uxória da companheira é uma exigência legal que não se

aplica à hipótese de união estável, com relação a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé”.

Em suas razões recursais, aduziu violados os Enunciados 282 e 356 do STF, além dos arts. 226, § 3.º, da CF/1988, 1.º e 5.º da Lei 9.278/1996, 1.725 do CC/2002 e 449 e 794, II, do CPC. Destacou ser indene de dúvidas a relação marital vivida entre o casal, da qual sobreveio uma filha e a construção conjunta do patrimônio. Diante dessa relação, asseverou nula a alienação patrimonial sem a outorga da recorrente, sua companheira, máxime a má-fé do adquirente do imóvel. Disse ser, o imóvel objeto da venda, residência da família e pediu o provimento do recurso.

Houve contrarrazões.

O recurso foi inadmitido na origem.

Interposto agravo em recurso especial a ele dei provimento, determinando a sua conversão.

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator):

Eminentes colegas, a polêmica central do presente processo situa-se em torno da verificação da necessidade de consentimento do companheiro para a alienação de bem imóvel adquirido na constância de união estável.

Em segundo momento, deverá ser estabelecida a possibilidade de invalidação do negócio jurídico celebrado e do registro imobiliário correspondente em face da ausência do referido consentimento.

De início, em sede de recurso especial, não cabe invocar ofensa à norma constitucional, razão pela qual o presente recurso não pode ser conhecido relativamente à apontada violação ao art. 226 da CF/1988.

Por outro lado, não se insere em nenhuma das alíneas do inc. III do art. 105 da CF/1988 a indicação de violação à súmula de tribunal superior, impondo-se que, para fins de demonstração de eventual dissídio, proceda-se ao cotejo entre o acórdão recorrido e aqueles que deram origem ao enunciado sumular.

Não conheço, pois, do apelo excepcional no que tange à alegada violação aos Enunciados 282 e 356 do STF.

O recurso, ainda, não ultrapassa a admissibilidade em relação à violação aos arts. 449 (“O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença”) e 794, II (“Extingue-se a execução quando: (...) II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida”), ambos do CPC.

Omitiu-se a parte recorrente em demonstrar de que forma o acórdão recorrido teria afrontado esses dispositivos legais, não restando eles, ainda, devidamente prequestionados pela instância de origem e sequer dizem objetivamente com a controvérsia que jaz nos presentes autos.

No mais, possível o conhecimento do recurso no que toca à alegação de afronta aos seguintes dispositivos legais:

“I – *Código Civil*:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

II – *Lei 9.278/1996*:

Art. 1.º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

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”.

A partir do panorama fático traçado pelas instâncias de origem, extrai-se a confirmação de existência de união estável entre os litigantes, a aquisição do imóvel objeto de alienação no curso dessa relação familiar e a sua alienação sem a autorização da convivente/demandante.

O casal conviveu entre abril de 1999 e dezembro de 2005, tendo uma filha nascida em janeiro de 2003.

Nesse mesmo ano, em agosto de 2003, adquiriram um imóvel na Cidade de Sinop, Estado de Mato Grosso, que se tornou o domicílio do casal até a separação.

Após, o bem foi locado para complementação da renda, mas alguns meses depois, imóvel foi desocupado pelos inquilinos.

A autora, ora recorrente, ao tentar retomar a sua posse, tomou então conhecimento pelo seu companheiro que ele transferira o imóvel para pagamento das dívidas sem o seu consentimento.

Deve-se, assim, verificar a validade desse ato de alienação realizado sem a anuência da companheira.

Relembro que o instituto da outorga conjugal, no afã da proteção ao patrimônio familiar, vem disciplinado no art. 1.647 do CC/2002, cujos termos transcrevo:

“*Art. 1.647.* Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III – prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada”.

Esta Corte Superior, em assentada anterior, analisando a validade de fiança prestada sem a autorização de um dos companheiros, reconheceu inexistir nulidade na prestação unilateral da referida garantia no curso de união estável ante a ausência de exigência legal da necessidade de autorização conjugal nessa hipótese.

Relembro a ementa do referido precedente da 4.^a T. desta Corte:

“Direito civil. Constitucional. Direito de família. Contrato de locação. Fiança. Fiadora que convivia em união estável. Inexistência de outorga uxória. Dispensa. Validade da garantia. Inaplicabilidade da Súmula 332 do STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar, porquanto não há famílias timbradas como de ‘segunda classe’ pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula 332 do STJ à união estável.

6. Recurso especial provido” (REsp 1.299.866/DF, 4.^a T., j. 25.02.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 21.03.2014).

Relembro, de outro lado, precedente mais antigo da 2.^a T. desta Corte Superior a reconhecer a necessidade de os companheiros/conviventes condôminos consentirem com a alienação ou oneração do bem comum:

“Processo civil – Execução fiscal – Penhora de bem imóvel em condomínio – Exigência de consentimento dos demais.

1. A lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos.

2. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3.º, da CF/1988), nos termos da Lei 9.278/1996.

3. Recurso especial improvido” (REsp 755.830/SP, 2.^a T., j. 07.11.200, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01.12.2006, p. 291).

A matéria mostra-se efetivamente complexa em nosso sistema jurídico.

Tomo a liberdade de submeter ao colegiado desta 3.^a T. uma interpretação diferenciada, que mais se aproxima do preconizado pela C. 2.^a T. no precedente acima aludido da lavra da Min. Eliana Calmon.

Deve-se sobrelevar a salvaguarda do patrimônio comum, em relação ao qual jaz condomínio natural, segundo o regime jurídico estabelecido pela Lei 9.278/1996 para os conviventes.

Deve-se, ainda, zelar pela aplicação das regras atinentes à comunhão parcial de bens, na forma do art. 1.725 do CC/2002, dentre as quais se insere aquela do art. 1.647 do CC/2002.

Não se pode descuidar, naturalmente, o resguardo dos interesses de terceiros de boa-fé, já que o reconhecimento da necessidade de consentimento não pode perder vista às peculiaridades da formação da união estável, que não requer formalidades especiais para a sua constituição.

Assim, deve-se exigir também a devida publicização da união estável, assim como ocorre com o casamento.

A Lei 9.278/1996, no seu art. 5.º, ao dispor acerca dos bens adquiridos na constância da união, estabeleceu serem eles considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos os conviventes, em *condomínio e em partes iguais*, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Dispôs, ainda, que a administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, questão também submetida ao poder de disposição dos conviventes.

O acórdão recorrido, de sua parte, não registra a existência de qualquer disposição de forma diferenciada pelos conviventes acerca destas questões, remanescendo, pois, na hipótese dos autos, a *previsão legal de copropriedade* entre os conviventes e de administração, em conjunto, do patrimônio comum.

Nessa perspectiva, a alienação de bem cotitularizado por ambos os conviventes, na esteira do art. 5.º da Lei 9.278, sem a anuência de um dos condôminos, representaria venda a *non domino*, como bem assinalado por Zeno Veloso (*Código Civil comentado*, Ed. Atlas, 2003, vol. 17, p. 144):

“Tratando-se de imóvel adquirido por título oneroso na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos companheiros, o bem entra na comunhão, é de propriedade de ambos os companheiros, e não bem próprio, privado, exclusivo, particular.

Se um dos companheiros vender tal bem, sem a participação no negócio do outro companheiro, estará alienando – pelo menos em parte – coisa alheia, perpetrando uma venda a *non domino*, praticando ato ilícito.

O companheiro, no caso, terá de assinar o contrato, nem mesmo porque é necessário seu assentimento, mas, sobretudo, pela razão de que é, também, proprietário, dono do imóvel”.

Por outro lado, inolvidável a aplicabilidade, em regra e na espécie, da comunhão parcial de bens à união estável, consoante o disposto no *caput* do art. 1.725 do CC/2002.

O regime de bens, ou seja, o estatuto patrimonial a vigorar entre os conviventes, regula, de acordo com Arnaldo Rizzardo (*Direito de família*, 3. ed., Ed. Forense, 2005, p. 618):

“a propriedade, a administração, o gozo e a disponibilidade dos bens; a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e a fórmulas para o partilhamento dos bens quando da dissolução da sociedade conjugal”.

E especialmente acerca da disponibilidade dos bens, em se tratando de regime que não o da separação absoluta de bens, consoante disciplinou o Código Civil no seu título II, Subtítulo I, Capítulo I, art. 1.647, nenhum dos cônjuges poderá, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

A interpretação dessas normas, ou seja, do art. 5.º da Lei 9.278/1996 e dos já referidos arts. 1.725 e 1.647 do CC/2002, fazendo-as alcançar a união estável, não fosse pela subsunção mesma, esteia-se, ainda, no fato de que a mesma *ratio* que, indistintamente, imbuíu o legislador a estabelecer a outorga uxória e marital em relação ao casamento, mostra-se presente em relação à união estável, ou seja, a proteção da família, com a qual, aliás, compromete-se o Estado, seja legal, seja constitucionalmente.

E, apenas por amor à argumentação, não deixo de registrar que não mais pairam quaisquer dúvidas acerca da existência de uma entidade familiar entre aqueles que se unem com o propósito de dividir uma vida em comum, fazendo-o nos moldes da união estável, ou seja, sem que, assim, recorram ao casamento.

Em sede doutrinária, em que pese tenha verificado a existência de importantes vozes em contrário, colho, nesse sentido, a lição do eminente professor e desem-

bargador do E. TRF-3.^a Reg., *Mairan Gonçalves Maia Júnior (O regime da comunhão parcial dos bens no casamento e na união estável*, p. 246), para quem:

“O poder de disposição ou oneração é inerente à titularidade do bem; sendo o bem comum, ambos os cônjuges ou conviventes hão de manifestar suas vontades à prática do ato de alienação ou oneração, como titulares do direito disponível; ou seja, *a prática de atos de disposição envolvendo bens comuns é necessário o consentimento de ambos os cônjuges ou conviventes*”.

E continua, sua excelência, sobre a presente questão:

“(…) a aplicação da regra do art. 1.647, *caput*, decorre diretamente da disposição do art. 1.725, ao prescrever ser aplicável à união estável as regras do regime da comunhão parcial de bens, sendo consequência inerente à incidência daquelas próprias normas.

Ora, a disposição do art. 1.647, como já salientado, constitui o cerne da disciplina jurídica relativa aos atos de disposição e oneração de bens, assim como à constituição de obrigações que possam comprometer a integridade do patrimônio familiar. Como é cediço, e já destacado anteriormente, referidos atos, por sua natureza podem afetar profundamente o patrimônio da família, daí por que permitir a lei a limitação da autonomia da vontade, instituindo restrição à capacidade negocial para a realização dos atos jurídicos que prevê.

Como salientado, a necessidade da outorga do cônjuge ou convivente tem por finalidade proteger os interesses da família. Assim, não deve haver diferença entre a proteção da família formada pelo casamento ou pela união estável”.

À mesma conclusão chegou *Ana Maria Gonçalves Louzada (Código das Famílias comentado*, Ed. Del Rey, 2010, p. 579-580):

“Em relação ao casamento, o Código Civil estabelece em seu art. 1.647 a necessidade de autorização do consorte (exceto para os casos de separação absoluta de bens) para a prática de atos que interfiram na esfera patrimonial do par, nada regulando em relação à união estável.

À primeira vista, parece que quanto à união não haveria qualquer restrição em alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis, pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos, prestar fiança ou aval, bem como fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que podem integrar futura meação, sem a vênua conjugal.

Contudo, por ser a união estável considerada, assim como o casamento, entidade familiar, entendemos que deva incidir sobre ela os ditames do art. 1.647, eis que o referido artigo se trata de norma de proteção e não de exclusão.

Ademais, com a necessidade da autorização do companheiro para os atos acima enumerados, evita-se a dilapidação do patrimônio e danos a terceiros”.

Paulo Lôbo (Famílias, 3. ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 177), do mesmo modo, assinala:

“Qualquer alienação (venda, permuta, doação, dação em pagamento) de bem comum pelo companheiro depende de autorização expressa do outro; a falta de autorização enseja ao prejudicado direito e pretensão à anulação do ato e do respectivo registro público”.

Arnold Wald (O novo direito de família, 16. ed., Ed. Saraiva, 2005, p. 327) alinhou-se à mesma linha de entendimento:

“Entretanto, considerando que o art. 1.725 do CC/2002 expressamente estatui que, ‘salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens’, bem como que o art. 1.647, I, do mesmo Código obriga o cônjuge casado sob o regime legal a obter a autorização de seu consorte para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, mostra-se necessária, também com relação aos companheiros, essa autorização”.

Preocupado, todavia, com os interesses de terceiros de boa-fé e, assim, com a segurança jurídica necessária para o fomento do comércio jurídico, tenho que os efeitos da inobservância da autorização conjugal em sede de união estável dependerão, para a sua produção, ou seja, para a eventual anulação da alienação do imóvel que integra o patrimônio comum, da existência de uma prévia e ampla notoriedade dessa união estável.

No casamento, ante a sua peculiar conformação registral, até mesmo porque dele decorre a automática alteração de estado de pessoa e, assim, dos documentos de identificação dos indivíduos, é ínsita essa ampla e irrestrita publicidade.

Projetando-se tal publicidade à união estável, tenho que a anulação da alienação do imóvel dependerá da averbação do contrato de convivência ou do ato decisório que declara a união no registro imobiliário em que inscritos os imóveis adquiridos na constância da união.

A necessidade de segurança jurídica, tão cara à dinâmica dos negócios na sociedade contemporânea, exige que os atos jurídicos celebrados de boa-fé sejam preservados.

Em outras palavras, nas hipóteses em que os conviventes tornem pública e notória a sua relação, mediante averbação no registro de imóveis em que cadastrados os bens comuns, do contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência da união estável, não se poderá considerar o terceiro adquirente do bem como de boa-fé, assim como não seria considerado caso se estivesse diante da venda de bem imóvel no curso do casamento.

Contrariamente, não havendo o referido registro da relação na matrícula dos imóveis comuns, ou não se demonstrando a má-fé do adquirente, deve-se presumir a sua boa-fé, não sendo possível a invalidação do negócio que, à aparência, foi higidamente celebrado.

Na hipótese dos autos, não houve qualquer registro no álbum imobiliário em que inscrito o imóvel objeto de alienação em relação a copropriedade ou mesmo da existência de união estável.

Colhe-se ainda dos autos a informação de que o imóvel, embora tenha sido adquirido para a residência da família não estava sendo ocupado pela recorrente e sua família por ocasião da alienação, eis que fora alugado.

Finalmente, foi consignado pelas instâncias *a quo* a inexistência de indícios de má-fé na conduta do adquirente.

Por isso, devem ser preservados os efeitos do ato de alienação no caso concreto.

Não se olvide, por fim, que o direito da companheira prejudicada pela alienação de bem que integrara o patrimônio comum remanesce sobre o valor obtido com a alienação, o que deverá ser objeto de análise em ação própria em que se discuta acerca da partilha do patrimônio do casal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.424.275/MT; número do registro: 2012/0075377-7; números de origem: 1231232011, 155222012, 482842011 e 6672008; processo eletrônico; pauta: 04.12.2014; julgado: 04.12.2014; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Maria Hilda Marsiaj Pinto; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

AUTUAÇÃO – Recorrente: L. A. – advogado: Paulo Sérgio Matias Patrui; recorrida: S. C. R. Ltda. – advogado: Flávio Américo Vieira.

Assunto: Direito civil – Fatos jurídicos – Ato/negócio jurídico – Defeito, nulidade ou anulação.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A 3.^a T., por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. ministro relator”.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. ministro relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. João Otávio de Noronha.

STJ – REsp 1.462.210/RS – 3.ª T. – j. 18.11.2014 – v.u. – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 25.11.2014 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

MORA – Alienação fiduciária – Purgação após a consolidação da propriedade imóvel em nome do credor fiduciário – Admissibilidade – Contrato de mútuo que não se extingue quando consolidada a propriedade em nome do fiduciário, mas pela alienação do bem em leilão público, a partir da lavratura do auto de arrematação – Inteligência do art. 39, II, da Lei 9.514/1997 e do art. 34 do Dec.-lei 70/1966.

Veja também Jurisprudência

- RT 923/1159 (JRP\2012\33908) e RT 920/950 (JRP\2012\15937); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2013\5757, JRP\2012\13790, JRP\2014\4042, JRP\2013\5804 e JRP\2012\20142.

Veja também Doutrina

- A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, de Melhim Namem Chalhub, RDC 66/91, *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos* 5/439 (DTR\2008\824);
- Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, de Melhim Namem Chalhub – RDI 63/82 (DTR\2007\908); e
- Da alienação fiduciária em garantia, de Lígia Cristina de Araújo Bisogni – *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos* 5/365 (DTR\2012\1964).

REsp 1.462.210 – RS (2014/0149511-0).

Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

Recorrentes: Janete Becker e Mauro Cesar Becker – advogados: André Luiz Mendonça da Silva e Andréia Dapper.

Recorrida: Caixa Econômica Federal – advogados: Vera Lúcia Bicca Andujar e outros.

Ementa: Recurso especial. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Lei 9.514/1997. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade. Aplicação subsidiária do Dec.-lei 70/1966.

1. *Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário.*

2. *No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fidu-*

ciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação.

3. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Dec.-lei 70/1966.

4. O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Dec.-lei 70/1966). Aplicação subsidiária do Dec.-lei 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei 9.514/1997.

5. Recurso especial provido.

COMENTÁRIO

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: É POSSÍVEL A PURGA DA MORA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUANDO JÁ CONSOLIDADA A PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO E ANTERIORMENTE À ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATÇÃO

Cuida-se de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo TRF-4.ª Reg., que entendeu ser impossível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária (Lei 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. De acordo com os autos, os recorrentes celebraram com a Caixa Econômica Federal (CEF) um contrato de financiamento de construção com alienação fiduciária em garantia. Em decorrência do não cumprimento do contrato, a CEF, após a realização dos procedimentos previstos na lei, requereu a averbação da consolidação da propriedade em seu nome e, ato seguinte, colocou o imóvel à venda. Os recorrentes, após a realização do primeiro leilão, onde não houve licitante, ajuizaram ação ordinária de anulação de procedimento de consolidação da propriedade imóvel, com pedido de antecipação de tutela, sob o argumento de que a Lei 9.514/1997 permite a purgação da mora em período posterior desde que antes da assinatura do auto de arrematação e da transferência do imóvel à terceiros de boa-fé, tendo em vista a aplicação subsidiária dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966. Deferido o pedido, suspendeu-se o procedimento de venda do bem até o trânsito em julgado da demanda. Por sua vez, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido por entender que o dispositivo contido no referido Dec.-lei não pode ser aplicado à Lei 9.514/1997. Em suas razões, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 34 do Dec.-lei 70/1966 e 39, II, da Lei 9.514/1997, sustentando, em síntese que a purga da mora pode ocorrer até a data da arrematação do imóvel objeto do financiamento, em virtude da aplicação subsidiária dos arts. 29 a 41 do mencionado Decreto-lei.

Ao julgar o recurso, o relator do acórdão, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva observou que, no caso de alienação fiduciária, o devedor transfere a propriedade do imóvel ao credor até o pagamento da dívida, concluindo-se que essa transferência caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade, pois o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em definitivo, mas com a finalidade de garantia da obrigação principal, mantendo-o sob seu domínio até o pagamento da dívida, sendo obrigado a consolidá-lo em seu nome e aliená-lo, no caso de inadimplemento da dívida, conforme arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997. Assim, o relator afirmou que a consolidação da propriedade em nome do credor não extingue de pleno direito o contrato de mútuo, pois o credor deve providenciar a venda do bem mediante leilão, inaugurando-se uma nova fase do procedimento de execução contratual. Ademais, afirmou que o art. 39, II, da Lei 9.514/1997 permite expressamente a aplicação subsidiária das disposições dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966, sendo possível que o devedor/mutuário purgue a mora em 15 dias após a intimação prevista no art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Dec.-lei 70/1966). Por fim, o Min. relator destacou que os recorrentes demonstraram a inequívoca intenção de manter a validade do contrato pactuado.

Diante do exposto, a 3.ª T. do STJ decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para declarar a purgação da mora e a convalidação do contrato de alienação fiduciária, nos termos do art. 26, § 5.º, da Lei 9.514/1997.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3.ª T., por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. ministro relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. ministro relator.

Brasília, 18 de novembro de 2014 (data do julgamento) – RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva (relator): Trata-se de recurso especial interposto por Janete Becker e outro, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF-4.ª Reg.

Noticiam os autos que os ora recorrentes celebraram com a Caixa Econômica Federal – CEF, em 14.03.2007, um contrato de financiamento de construção com alienação fiduciária em garantia regulada pela Lei 9.514/1997 no valor de R\$ 115.293,06 (cento e quinze mil duzentos e noventa e três reais e seis centavos), a ser pago em 180 meses.

Em decorrência do não cumprimento das obrigações contratuais relativas aos encargos vencidos e não pagos, que, em 21.08.2009, correspondiam ao montante

de R\$ 5.841,81 (cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e oitenta e um centavos), os recorrentes foram notificados pelo Cartório de Registro de Imóveis e Especiais de Campo Bom/RS.

Em 11.09.2009, foi certificado o decurso do prazo sem pagamento e em outubro de 2009 foi averbada a consolidação da propriedade em favor da Caixa Econômica Federal, ora recorrida.

Em sequência, a CEF colocou o imóvel à venda pelo valor de R\$ 456.577,13 (quatrocentos e cinquenta e seis mil quinhentos e setenta e sete reais e treze centavos), em 30.07.2010, primeiro leilão, com previsão de realização do 2.º leilão em 13.08.2010.

Diante da designação dos leilões e considerando-se que não houve licitantes no primeiro leilão e que o segundo ainda não havia sido realizado, os recorrentes, em 09.08.2010, ajuizaram ação ordinária de anulação de procedimento de consolidação de propriedade imóvel, com pedido de antecipação de tutela, ao argumento de que “a Lei 9.514/1997 permite a purgação da mora em período posterior desde que antes da assinatura do auto de arrematação e da transferência do imóvel a terceiros de boa-fé, tendo em vista a aplicação subsidiária dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966” (f. e-STJ).

Realizado o depósito do valor total da dívida vencida, R\$ 119.165,64 (cento e dezenove reais (sic) cento e sessenta e cinco mil (sic) e sessenta e quatro centavos), foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela suspendendo o procedimento de venda do bem até o trânsito em julgado da demanda.

Após a regular instrução do processo, o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido por entender que “se na execução regulada pelo Dec.-lei 70/1966 a lei faculta ao devedor o pagamento da dívida até a assinatura do auto de arrematação, o mesmo privilégio não pode ser outorgado ao devedor quando se tratar de imóvel adquirido por alienação fiduciária, regulada pela Lei 9.514/1997” (f. e-STJ).

Irresignados, os recorrentes interpuseram recurso de apelação (e-STJ f.).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso em aresto assim ementado:

“Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Execução extrajudicial. Regular procedimento. Consolidação da propriedade. Extinção do contrato de mútuo.

A prova dos autos demonstra que o procedimento de execução extrajudicial adotado pela CEF observou todas as exigências legais – caracterização da mora, regular notificação, registro da matrícula do imóvel, etc. – necessárias à consolidação da propriedade e conseqüente extinção do contrato.

Inviabilidade jurídica da purgação da mora após a anotação da consolidação da propriedade do imóvel em sua matrícula no registro de imóveis. Precedentes” (f. e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (f. e-STJ).

Em suas razões (e-STJ f.), os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 34 do Dec.-lei 70/1966 e 39, II, da Lei 9.514/1997.

Sustentam, em síntese, que a purga da mora pode ocorrer até a data da arrematação do imóvel objeto de financiamento, em virtude da aplicação subsidiária dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966.

Argumentam que “a Lei 9.514/1997, nos arts. 26 e 27, prevê o procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em benefício da entidade financeira após exíguo para purga da mora, no entanto, o Dec.-lei 70/1966, de aplicação supletiva ao caso, prevê como faculdade do devedor a purga da mora até a data da emissão do auto de arrematação” (f. e-STJ).

Contrarrazões às f. (e-STJ), e admitido o recurso na origem (e-STJ f.), subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva* (relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelos recorrentes como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

1. Origem

O presente recurso especial tem origem em ação ordinária anulatória de procedimento de consolidação de propriedade imóvel, objeto de alienação fiduciária em garantia decorrente de mútuo imobiliário.

2. Mérito

Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário.

De início, cumpre consignar que os recorrentes não pretendem revisar o conteúdo do contrato, mas tão somente purgar os efeitos da mora e, assim, manter o contrato de mútuo em todos os seus termos.

O art. 22 da Lei 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, define o instituto nos seguintes termos:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei 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”.

À luz da dinâmica estabelecida pela lei, o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia, constituindo a propriedade resolúvel, condicionada ao pagamento da dívida. Ocorrendo o pagamento da referida dívida, opera-se a automática revogação da fidúcia e a consequente consolidação da propriedade plena em nome do fiduciante. Ao contrário, se ocorrer o inadimplemento contratual do devedor, consolida-se a propriedade plena no patrimônio do fiduciário.

Assim, tendo em vista que o devedor transfere a propriedade do imóvel ao credor até o pagamento da dívida, conclui-se que essa transferência caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade, pois o credor adquire o imóvel não

com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em definitivo, mas, sim, com a finalidade de garantia da obrigação principal, mantendo-o sob seu domínio até que o devedor fiduciante pague a dívida.

No caso de inadimplemento da obrigação, ou seja, quando a condição resolutiva não mais puder ser alcançada, a propriedade do bem se consolida em nome do fiduciário, que pode, a partir daí, buscar a posse direta do bem e deve, em prazo determinado, aliená-lo, nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997:

“Art. 26. Vencida e 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.

§ 2.º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a 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.

§ 5.º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6.º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

7.º Decorrido o prazo de que trata o § 1.º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

8.º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27.

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, *contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior*, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1.º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inc. VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2.º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 3.º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I – dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II – despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4.º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2.º e 3.º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do CC/2002.

§ 5.º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º.

§ 6.º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7.º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

§ 8.º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse”.

A análise dos dispositivos acima destacados revela que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é composta por duas fases: 1) *consolidação da propriedade* e 2) *alienação do bem a terceiros, mediante leilão*.

Com efeito, não purgada a mora no prazo de 15 (quinze) dias, a propriedade do imóvel é consolidada em favor do agente fiduciário, no caso, a Caixa Econômica Federal.

No entanto, apesar de consolidada a propriedade, não se extingue de pleno direito o contrato de mútuo, pois o credor fiduciário deve providenciar a venda do bem, mediante leilão, ou seja, a partir da consolidação da propriedade do bem em favor do agente fiduciário, inaugura-se uma nova fase do procedimento de execução contratual.

Portanto, ao contrário do consignado no acórdão recorrido, no âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato que serve de base para a existência da garantia não se extingue por força da consolidação da propriedade, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, a partir da lavratura do auto de arrematação.

Feitas tais considerações, resta examinar a possibilidade de se purgar a mora após a consolidação da propriedade em favor do fiduciário. Para tanto, deve ser verificada a compatibilidade entre a Lei 9.514/1997 e o Dec.-lei 70/1966, que trata da execução hipotecária.

Isso porque o art. 39, II, da Lei 9.514/1997 estabelece o seguinte:

“Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

(...)

II – aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70, de 21.11.1966”.

Dentre os artigos do Dec. 70/1966 referidos no inc. II do art. 39 da Lei 9.514/1997, o de número 34 assegura que:

“Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o art. 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I – se a purgação se efetuar conforme o § 1.º do art. 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II – daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação”. (grifou-se)

Assim, constatado que a Lei 9.514/1997, em seu art. 39, II, permite expressamente a aplicação subsidiária das disposições dos arts. 29 a 41 do Dec. 70/1966, é possível afirmar a possibilidade de o devedor/mutuário purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Dec.-lei 70/1966).

A propósito, o seguinte precedente:

“Habitacional. Sistema Financeiro Imobiliário. Purgação da mora. Data limite. Assinatura do auto de arrematação. Dispositivos legais analisados: arts. 26, § 1.º, e 39, II, da Lei 9.514/1997; 34 do Dec.-lei 70/1966; e 620 do CPC.

1. Ação ajuizada em 01.06.2011. Recurso especial concluso ao gabinete da relatora em 07.02.2014.

2. Recurso especial em que se discute até que momento o mutuário pode efetuar a purgação da mora nos financiamentos vinculados ao Sistema Financeiro Imobiliário.

3. Constitui regra basilar de hermenêutica jurídica que, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, sobretudo quando resultar em exegese que limita o exercício de direitos, se postando contrariamente ao espírito da própria norma interpretada.

4. *Havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do Dec.-lei 70/1999 à Lei 9.514/1997 e não dispondo esta sobre a data limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal aos contratos celebrados com base na Lei 9.514/1997, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação.*

5. Como a Lei 9.514/1997 promove o financiamento imobiliário, ou seja, objetiva a consecução do direito social e constitucional à moradia, a interpretação que melhor reflete o espírito da norma é aquela que, sem impor prejuízo à satisfação do crédito do agente financeiro, maximiza as chances de o imóvel permanecer com o mutuário, em respeito, inclusive, ao princípio da menor onerosidade contido no art. 620 do CPC, que assegura seja a execução realizada pelo modo menos gravoso ao devedor.

6. Considerando que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei 9.514/1997, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal.

7. Recurso especial provido” (REsp 1.433.031/DF, 3.ª T., j. 03.06.2014, rel. Min. Nancy Andriahi, DJe 18.06.2014 – grifou-se).

De fato, considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Dec.-lei 70/1966.

No caso em exame, o acórdão recorrido, à f. (e-STJ), informa que,
“(…)

Notificados da designação dos leilões, os autores ajuizaram a presente ação em 09.08.2010, pretendendo depositar o valor total da dívida vencida, uma vez que o art. 39, II, da Lei 9.514/1997 determina a aplicação dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966, considerando que não houve licitantes no primeiro leilão e o segundo ainda não havia sido realizado.

Com base em tal norma, os autores depositaram o valor de R\$ 119.165,64, correspondente ao saldo devedor do financiamento, conforme cálculo por eles efetuado (Evento 4 – GUIADEP2), comprometendo-se a depositar os gastos/despesas adicionais que não estavam incluídos no valor depositado.

Assim, conforme requerimento da Caixa, depositaram mais R\$ 11.864,00 em 15.08.2011 (Evento 63 – GUIADEP2) relativos às despesas de IPTU e água”. (grifou-se)

A transcrição acima demonstra a inequívoca intenção dos fiduciantes em manter a validade do contrato originalmente pactuado. Além disso, como já ressaltado, a purgação da mora até a data da arrematação atende todas as expectativas do credor quanto ao contrato firmado, visto que o crédito é adimplido.

Desse modo, não há porque negar aos recorrentes a possibilidade de pagamento da quantia devida com o objetivo de recuperar o imóvel dado em garantia e, conseqüentemente, o termo de quitação da dívida.

Por fim, cumpre destacar que os prejuízos advindos com a posterior purgação da mora são suportados exclusivamente pelo devedor fiduciante, que arcará com todas as despesas referentes à “nova” transmissão da propriedade e também com os gastos despendidos pelo fiduciário com a consolidação da propriedade (ITBI, custas cartorárias, etc.).

3. Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de declarar a purgação da mora e a convalidação do contrato de alienação fiduciária, nos termos do art. 26, § 5.º, da Lei 9.514/1997.

Inverto os ônus sucumbenciais.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.462.210/RS; número do registro: 2014/0149511-0; números de origem: 50004469620114047108, 50014966020114047108, 50029683320104047108, 50087670720114040000, RS-50004469620114047108, RS-50014966020114047108, RS-50029683320104047108 e TRF4-50087670720114040000; processo eletrônico; pauta: 18.11.2014; julgado: 18.11.2014; relator: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrentes: Janete Becker e Mauro Cesar Becker – advogados: André Luiz Mendonça da Silva e Andréia Dapper; recorrida: Caixa Econômica Federal – advogados: Vera Lúcia Bicca Andujar e outros.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Sistema Financeiro da Habitação.

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 do Sr. ministro relator”.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. ministro relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

TJMG – ApCiv 1.0325.12.001290-2/001 – 8.^a Câm. Civ. – j.
29.01.2015 – v.u. – rel. Des. Alyrio Ramos – DJe 09.02.2015
– Área do Direito: Imobiliário e Registral; Administrativo.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação – Recusa de registro de escritura pública de expropriação administrativa de imóvel rural, devido à sobra de área remanescente em área inferior à mínima legal – Inadmissibilidade – Bem desapropriado que não fica atrelado aos títulos dominiais pretéritos, não sendo necessária a continuidade registral – Cessão amigável, ademais, que não descaracteriza a forma de aquisição originária de propriedade.

Veja também Doutrina

- A desapropriação e o registro de imóveis, de Marcelo Terra – RDI 32/56 (DTR\1993\54).

Ementa: Procedimento de dúvida – Registro de imóveis – Desapropriação amigável – Aquisição originária da propriedade – Dúvida improcedente.

– Em se tratando de aquisição originária de propriedade, não são razoáveis as exigências do oficial de cartório de registro de imóveis, devendo ser considerado improcedente o procedimento de dúvida.

COMENTÁRIO

DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL: AQUISIÇÃO DEVE SER CONSIDERADA COMO FORMA ORIGINÁRIA

Trata-se de apelação cível objetivando a reforma da r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, mantendo a recusa ao registro de escritura pública de desapropriação administrativa de imóvel rural em favor do Instituto Estadual de Florestas (IEF). *In casu*, o Oficial Registrador afirmou que se recusou a registrar o título em razão de ter observado divergências quanto ao tamanho do imóvel e seus confrontantes, ressaltando, ainda, que restou uma área remanescente de quinze ares e vinte e dois centiares para a desaproprianda, o que não é permitido pela legislação, que fixou como área mínima três hectares e que não foi apre-

sentado o certificado do imóvel no Incra (2006/2009) e o ITR (2007/2011) devidamente quitado. Interposto o recurso, tendo como apelante o Estado de Minas Gerais, este sustentou, em suas razões, que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade consoante a legislação pátria, uma vez que nasce da vontade soberana do expropriante e que o fato de a desapropriação ter sido amigável não descaracteriza a aquisição originária, não havendo se falar em Princípio da Continuidade. Por fim, sustentou que os fatos jurídicos que afetaram o imóvel previamente à desapropriação tornam-se juridicamente irrelevantes.

Ao analisar o recurso, o relator, Des. Alyrio Ramos, afirmou que, não obstante as divergências doutrinária e jurisprudencial, a desapropriação, ato de império do Poder Público, ainda que amigável, deve ser considerada como modo originário de aquisição da propriedade. Ademais, após citar o art. 35 do Dec.-lei 3.365/1941, que dispõe acerca da desapropriação por utilidade pública, o relator concluiu que, ocorrendo a desapropriação, uma nova propriedade nasce, não se atrelando aos títulos dominiais pretéritos e não sendo necessária a observância do Princípio da Continuidade. Finalmente, o relator afirmou que, se houver terceiro prejudicado em relação à desapropriação, apenas lhe será possível a sub-rogação de seus direitos na indenização paga pelo expropriante, não podendo o imóvel ser reivindicado.

Por sua vez, o Des. Paulo Balbino acrescentou que, para o registro da área expropriada, o Oficial Registrador deverá abrir nova matrícula, averbando-se na matrícula originária a subsistência do imóvel ali remanescente, com a área que lhe restou.

Diante do exposto, a 8.ª Câm. Cível do TJMG decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, julgar provida a apelação interposta, reformando a sentença proferida no sentido de que não são necessárias as exigências impostas pelo Oficial Registrador.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

ApCiv 1.0325.12.001290-2/001 – Comarca de Itamarandiba – Apelante: Estado de Minas Gerais – Apelado: Carlos Dalmo Moreira, atribuição da parte em branco Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca da Itamarandiba – Interessado: Município de Belo Horizonte.

ACÓRDÃO – Vistos etc., acorda, em Turma, a 8.ª Câm. Civ. do TJMG, na conformidade da ata dos julgamentos em dar provimento à apelação – ALYRIO RAMOS, relator.

VOTO – Carlos Dalmo Moreira, oficial de cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Itamarandiba/MG, suscitou a presente dúvida, alegando que lhe foi apresentada uma escritura pública de desapropriação administrativa do imóvel rural, denominado Fazenda Água Limpa, lavrada no Serviço Notarial do 1.º Ofício de Notas da Comarca de Belo Horizonte, constando como desapropriando o Instituto

Estadual de Florestas – IEF e como desapropriada Marilac Rassilan Fernandes. Afirmou que se recusou a efetuar o registro, em razão de ter observado divergências quanto ao tamanho do imóvel e aos confrontantes, ressaltando que ficou área remanescente de quinze ares e vinte e dois centiares para a desaproprianda, o que não é permitido pela legislação, a qual fixou como área mínima três hectares. Afirmou, ainda, que é necessário apresentar o certificado do imóvel no Inkra (2006/2009) e o ITR (2007/2011) devidamente quitado.

O magistrado Adelmo Bragança de Queiroz julgou procedente a dúvida (f.).

Estado de Minas Gerais aviou a presente apelação, sustentando que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade consoante a legislação pátria, pois nasce da vontade soberana do expropriante; o fato de a desapropriação ter sido amigável não descaracteriza a aquisição originária; não há se falar em princípio da continuidade do sistema registral; os fatos jurídicos que afetaram o imóvel antes da desapropriação tornam-se juridicamente irrelevantes (f.).

Sem contrarrazões.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (f.).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Colhe-se dos autos que o imóvel denominado Fazenda Água Limpa no Município de Itamarandiba fora objeto de desapropriação amigável, conforme escritura pública de f.

Não obstante a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a desapropriação, ato de império do Poder Público, ainda que amigável, deve ser considerada modo originário de aquisição de propriedade.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem a propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado”. (*Curso de direito administrativo*, 25. ed., Ed. Malheiros, p. 858)

Por sua vez, o art. 35 do Dec.-lei 3.365/1941 (Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública) dispõe que:

“Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Como se vê, ocorrendo a desapropriação, nasce uma nova propriedade, ou seja, o bem desapropriado não fica atrelado aos títulos dominiais pretéritos. Portanto, a continuidade registral não é necessária.

É relevante anotar que o art. 31 do mencionado Dec.-lei 3.365/1941 estatui que:

“Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado”.

O mencionado autor Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra já citada, elucida que:

“Além disto, por ser forma originária de aquisição de propriedade, uma vez efetuada a desapropriação, os ônus reais que incidam sobre o imóvel extinguem-se desde logo. O Poder Público adquire o bem limpo, livre de quaisquer gravames reais que sobre ele pudessem pesar.

Os terceiros titulares de direitos reais de garantia sobre o bem desapropriado têm seus direitos sub-rogados no preço, isto é, passam a estar garantidos pelo valor pago a título de indenização na desapropriação. Os terceiros titulares de direitos obrigacionais relacionados com o bem expropriado só poderão encontrar satisfação para suas pretensões jurídicas através de ação direta, e não na ação expropriatória”. (p. 859).

Portanto, se houver um terceiro prejudicado, será possível apenas a sub-rogação de seus direitos na indenização paga pelo expropriante, não podendo o bem desapropriado ser reivindicado por terceiros e pelo expropriado.

Consequentemente, não são necessárias as exigências impostas pelo apelado, devendo ser reformada a sentença.

Nesse sentido a jurisprudência:

“Administrativo. Desapropriação. Registro de área não titulada em nome do expropriante, que já tinha ciência da situação do bem. Impossibilidade.

1. A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, pois a transferência da propriedade opera-se pelo fato jurídico em si, independentemente da vontade do expropriado, que se submete aos imperativos da supremacia do interesse público sobre o privado.

2. Constitui efeito da sentença proferida em sede de desapropriação a sua utilização como título hábil à transcrição do bem expropriado no competente registro de imóveis, não podendo haver discussão, ao menos no âmbito da ação expropriatória, em torno de eventual direito de terceiros.

3. Na hipótese dos autos, todavia, os recorrentes já conheciam, de antemão, a situação em que se encontrava a área objeto da presente irrisignação, não se podendo falar em propriedade aparente.

4. ‘Não obstante seja verdadeiro afirmar que a desapropriação é forma de aquisição originária, não se deve olvidar que não se pode retirar a propriedade de quem não a tem’ (REsp 493.800/RS, 1.^a T., rel. Min. José Delgado, DJ 13.10.2003).

5. Eventual alteração das divisas e da área do imóvel expropriado, para acrescentar aquela da qual os expropriantes detêm a posse reconhecida em juízo, deverá ser buscada mediante a utilização do procedimento adequado.

6. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 468.150/RS, 1.^a T., j. 06.12.2005, rel. Min. Denise Arruda, DJ 06.02.2006, p. 199);

“Administrativo. Transcrição de desapropriação. Aquisição originária da propriedade. Oficial do registro de imóveis. Exigências. Descabimento. Desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, onde o bem passa diretamente para o adquirente sem que lhe seja transmitido por outrem e, para a sua transcrição no registro imobiliário não há necessidade da apresentação de certidão que aponte o verdadeiro proprietário do imóvel ou mostre se há algo que o impeça de ser vendido” (TJMG, Reexame Necessário-Cv 1.0251.09.027709-5/001, 6.^a Câ. Civ., j. 15.09.2009, rel. Des. Antônio Sérvulo).

Posto isso, *dou provimento à apelação*, para reformar a sentença, julgando improcedente a dúvida.

Custas, na forma da lei.

Des. Rogério Coutinho (revisor): De acordo com o relator.

Des. Paulo Balbino: Adiro ao voto proferido pelo eminente relator acrescentando que para o registro da área expropriada, fruto de aquisição originária e devidamente caracterizada, deverá o oficial registrador abrir uma nova matrícula, averbando-se na matrícula originária a subsistência do imóvel ali remanescente, com a área que lhe restou.

Súmula: “Deram provimento à apelação”.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – *Ap 0072005-60.2013.8.26.0100* – Conselho Superior de Magistratura – j. 07.10.2014 – m.v. – rel. Des. Hamilton Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Inadmissibilidade – Escritura de compra e venda levada a registro por menor absolutamente incapaz, representado apenas pelo pai – Ausência de comprovação da origem dos recursos que, incorporados ao patrimônio do menor, impõe a exigência de alvará judicial – Não comparecimento injustificado da mãe ao ato, ademais, que também inviabilizaria o registro pretendido.

Veja também Doutrina

- Algumas considerações sobre a venda de bens de menores e incapazes, de Gilberto Passos de Freitas – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 4/853 (DTR\2012\1201).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Ap 0072005-60.2013.8.26.0100*, da Comarca de São Paulo, em que é apelante *Ministério Público do Estado de São Paulo*, é apelado AAA (*representado por seus genitores C. E. C. e M. R. S.*).

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencido o Des. Geraldo Pinheiro Franco, que declarará voto. Declararão votos vencedores os Desembargadores Artur Marques da Silva Filho e Ricardo Mair Anafe.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores *José Renato Nalini (presidente)*, *Eros Piceli*, *Guerrieri Rezende*, *Artur Marques*, *Pinheiro Franco* e *Ricardo Anafe*.

São Paulo, 07 de outubro de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100.

Apelante: Ministério Público.

Apelado: AAA (menor representado pelos genitores).

Voto 34.086.

Ementa: Registro de imóveis – Escritura de compra e venda – Aquisição de bem por menor incapaz – Origem desconhecida dos recursos – Necessidade de alvará judicial – Verificação, pelo Ministério Público e pelo órgão jurisdicional, da efetiva proteção do interesse do menor – Menor representado apenas pelo pai, sem justificativa para ausência da mãe na escritura – Impossibilidade de registro – Recurso provido.

COMENTÁRIO

COMPRA E VENDA: REGISTRO DE COMPRA E VENDA ONDE MENOR INCAPAZ ADQUIRE IMÓVEL, COM ORIGEM DESCONHECIDA DE RECURSOS, DEPENDE DE ALVARÁ JUDICIAL E REPRESENTAÇÃO DE AMBOS OS PAIS

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público paulista (MP) em face de sentença que julgou improcedente dúvida suscitada pelo 17.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, objetivando a reforma do *decisum*, no sentido de se exigir que ambos os pais representem o menor incapaz na aquisição de bem imóvel, além de constar, na escritura pública, a origem dos recursos que possibilitou o menor adquirir tal bem. No caso em tela, o interessado, menor absolutamente incapaz, representado por seu pai, levou à registro escritura pública de compra e venda de imóvel, tendo sido este negado pelo Oficial, sob a justificativa de que, em procedimento disciplinar, um notário foi apenado por não exigir alvará para lavratura de escritura pública de compra e venda de imóvel adquirido por menor, com recursos próprios. Apesar disso, o Oficial Registrador fez a ressalva de que a questão é controvertida, uma vez que, a aquisição de bens em favor do menor aumentaria o seu patrimônio e seria em seu benefício. Ressalvou, ainda, que o fato de não ter havido descrição de doação na escritura impediu a fiscalização de eventual falta de recolhimento do ITCMD. Por sua vez, o interessado, representado apenas por seu pai, argumentou que a decisão em que se baseou o Oficial Registrador não tem caráter normativo e foi tomada em caso isolado, onde o menor adquiriu o bem com recursos próprios e salientou que, no caso em tela, o menor está adquirindo com recursos outros. Observou, ainda, que nem o art. 1.691 do CC/2002 e nem o item 41, e, do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça paulista (NSCGJSP) exigem o alvará judicial, considerando que a aquisição é feita no interesse do menor. Assim, a autorização judicial somente seria necessária para alienar ou gravar de ônus reais imóveis dos filhos menores. Por fim, o interessado argumentou que o recolhimento do ITCMD não deve ser fiscalizado pelo Oficial, uma vez que a escritura não se refere à doação. O MP opinou pela procedência da dúvida, mas a sentença dispôs que não há restrição legal à aquisição de bens para filhos menores, em seu interesse e afirmou que, não tendo a escritura pública mencionado a existência de doação, não caberia ao Oficial Registrador questionar a origem dos recursos para aquisição do imóvel nem o recolhimento do ITCMD. A Procuradoria de Justiça recorreu, argumentando que a mãe do menor não compareceu à escritura pública e que o título não retrata a realidade inerente aos negócios realizados, pois, se o bem foi adquirido com recursos outros, a escritura deveria expor o negócio que possibilitou ao menor ter recursos para comprar o imóvel. Afirmou, também, que não há como presumir que o negócio foi feito em benefício do menor, dado que ele pode estar sendo usado para propiciar a ocultação de patrimônio, por exemplo.

Ao julgar o recurso, o relator do acórdão, Des. Hamilton Elliot Akel, observou que o título não faz qualquer menção à mãe ou à razão pela qual ela não comparece ao ato notarial, contrariando o

disposto nos arts. 1.690 e 1.634, V, do CC/2002. Somente por esta razão, o registro da escritura não poderia ser permitido. Ademais, o relator entendeu que o alvará judicial era mesmo necessário para a aquisição do imóvel pelo filho menor, de acordo com o item 41, e, do Capítulo XIV das NSCGJSP, destacando que tal dispositivo em nenhum momento afirma não ser necessário o referido alvará para a aquisição de imóvel por menor incapaz. Ao contrário: ele é claro ao afirmar sua exigência. Da mesma forma, o relator afirmou que nem o Código Civil dispensa a apresentação do alvará em questão, o que se depreende da leitura de seu art. 1.691. O relator destacou, ainda, que o negócio em questão implicou a contratação de obrigação que ultrapassa os limites da mera administração, não havendo comprovação de necessidade ou evidente interesse do incapaz e não se indicou, na escritura pública, de onde provieram os recursos para a compra do imóvel. Se o caso se tratasse de doação, bastaria que tal fato constasse na escritura, recolhendo-se o respectivo ITCMD. Diante do exposto, o relator votou pelo provimento do recurso, concluindo que a apresentação do alvará é necessária, sendo correta a posição do Oficial Registrador em recusar o registro do título.

O acórdão ainda contou com a declaração de voto vencido do Des. Geraldo Pinheiro Franco e dos votos vencedores dos Des. Artur Marques da Silva Filho e Ricardo Mair Anafe. Para o Des. Geraldo Pinheiro Franco, o provimento ao recurso deveria ser negado, uma vez que o Registrador apenas deve verificar o recolhimento dos tributos incidentes sobre os fatos geradores consubstanciados no título e, neste, não existe elemento que identifique o fato gerador do imposto de transmissão relativo à doação. O Des. afirmou, também, que o poder familiar pode ser exercido pelo pai, pela mãe ou por ambos, conforme arts. 1.630 e ss. do CC/2002 e art. 21 do ECA. Por fim, sustentou que, não há risco no caso de aquisição de imóvel pelo menor e que o procedimento adotado pelo Tabelião está correto. Por sua vez, o Des. Artur Marques da Silva Filho entendeu que o registro *stricto sensu* deve ser negado, pois o Código Civil, em seu art. 1.691, *caput*, só concede aos pais os poderes para praticar atos ordinários de administração. Ademais, observou que não houve infração funcional por parte do Notário, tendo em vista que o mesmo art. 1.691 não declara explicitamente que toda e qualquer aquisição imobiliária extrapola a mera administração. Desta forma, a previsão contida no item 41 do Capítulo XIV, Tomo II, das NSCGJSP trata de uma recomendação endereçada ao Notário. Por fim, o Des. Ricardo Mair Anafe entendeu que o recurso deve ser provido, tal como fundamentado pelo Des. Relator e que, no caso concreto, não constou da escritura pública outorga de procuração por parte da mãe para a concretização do negócio jurídico, não se podendo presumir sua anuência, omitindo, a escritura pública, questão importante para a validade da própria compra e venda. Além disso, apontou que não consta, na escritura pública a origem do dinheiro usado na aquisição do bem imóvel, concluindo-se, por conseguinte, que os recursos utilizados na compra eram do próprio menor, sendo indispensável, nesta hipótese, autorização judicial, conforme art. 1.691 do CC/2002. Assim, concluiu que "inexistindo alvará judicial bem como participação expressa da genitora (arts. 1.690 e 1.691 do CC/2002), e tampouco havendo prova do recolhimento do imposto relativo à suposta doação do dinheiro para a compra do imóvel (art. 289 da LRP), correta a recusa de ingresso do título ao fólio real."

Ante o exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, decidindo que o registro da escritura pública de compra e venda, onde menor incapaz adquire imóvel com origem desconhecida de recursos, depende de alvará judicial e da representação de ambos os pais.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público contra sentença que julgou improcedente dúvida suscitada pelo 17.º Oficial do Registro de Imóveis de São Paulo.

O interessado, menor absolutamente incapaz, representado por seu pai, levou a registro escritura de compra e venda de imóvel. O registro foi negado pelo oficial, sob a justificativa de que, no procedimento disciplinar de n. 2013/96323, um notário foi apenado, justamente por não exigir alvará para lavrar escritura pública de compra e venda de imóvel adquirido por menor, com recursos próprios.

Ainda assim, o oficial fez a ressalva de que a questão é controvertida, pois a aquisição de bens a favor do menor aumentaria o seu patrimônio e viria, portanto, em seu benefício. E ressaltou, também, o fato de que não houve descrição de doação na escritura, razão pela qual não poderia fiscalizar eventual falta de recolhimento de ITCMD.

Mesmo diante dessas ressalvas, o oficial negou o registro, justamente em razão da decisão exarada no procedimento disciplinar acima mencionado.

O interessado, representado por seu pai – a mãe só outorgou procuração a advogado quando da apresentação de contrarrazões –, argumentou que a decisão em que se baseou o oficial não tem caráter normativo e foi tomada em um caso isolado, em que o menor adquiriu o bem com recursos próprios. Disse que, aqui, está adquirindo o imóvel com recursos outros. Obtemperou, também, que nem o art. 1.691 do CC/2002 nem o item 41, *e*, do Cap. XIV, das NSCGJ exigem o alvará judicial, pois a aquisição é feita no interesse do menor. A autorização só seria necessária para alienar ou gravar de ônus reais imóveis dos filhos menores. Por fim, quanto ao recolhimento de tributo (ITCMD), não caberia ao oficial fiscalizá-lo, uma vez que a escritura não se refere à doação.

O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida, mas a sentença dispôs que não há restrição legal à aquisição de bens para filhos menores, em seu interesse. Quanto à questão tributária, dado que a escritura não mencionou a existência de doação, não caberia ao oficial questionar a origem dos recursos para aquisição do imóvel nem o recolhimento de ITCMD.

A Procuradoria de Justiça recorreu, observando que a mãe do menor não compareceu à escritura e que o título não retrata a realidade inerente aos negócios realizados. Se, conforme alegação de *f.*, o bem foi adquirido por recursos outros, entende o Ministério Público que a escritura deveria expor qual negócio possibilitou ao menor ter recursos para comprar o imóvel. Observou, ademais, que não há como presumir que o negócio foi feito em benefício do menor, dado que ele pode estar sendo usado, por exemplo, para propiciar a ocultação de patrimônio, lavagem de dinheiro, fraude contra credores ou sonegação fiscal.

Em contrarrazões, o interessado reiterou os mesmos argumentos, acrescentando que a apuração sobre a origem financeira do numerário usado na compra do

bem é questão que escapa ao oficial. Citou pretensão precedente do STJ, mas sequer o identificou (f.).

É o relatório.

Observa-se, de início, que na escritura pública de compra e venda de f. o menor está representado apenas por seu pai. Não se faz qualquer menção à mãe ou à razão pela qual não ela ao ato notarial.

É certo, contudo, que o art. 1.690, em consonância com o art. 1.634, V,^{NE} também do CC/2002, prescreve que compete aos pais e, na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos. E o parágrafo único, por sua vez, diz que os pais devem decidir em comum às questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Aqui, não se verifica nenhuma razão para que a mãe tenha deixado de comparecer na escritura. Não há falta dela – veja-se que outorgou procuração na fase de contrarrazões –, impedimento ou incapacidade, fatos que poderiam justificar a exclusividade da representação pelo pai.

Logo, apenas por essa razão já não se poderia registrar a escritura, tal como elaborada.

Não se trata apenas disso, contudo. O alvará judicial era mesmo necessário para a aquisição do imóvel pelo filho menor.

Com efeito, o item 41, e, do Cap. XIV, das NSCGJ, dispõe que o tabelião de notas, antes da lavratura de qualquer ato, deve:

“exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, *incapazes*, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou *adquirir* bens imóveis ou direitos a eles relativos, sendo que, para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária”.

O item é composto de duas partes distintas. A primeira parte diz que o tabelião deve “exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, *incapazes*, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou *adquirir* bens imóveis ou direitos a eles relativos”. A segunda parte afirma que “para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária”.

Ora, em nenhum momento o item dispõe que não é necessário alvará para a aquisição de imóvel por menor incapaz. Ao contrário, é claro ao afirmar a exigên-

NE Nota do Editorial: Refere-se à redação anterior do inc. V do art. 1.634, alterado pela Lei 13.058/2014.

cia de alvará para atos que envolvam incapazes e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou *adquirir* bens imóveis ou direitos a ele relativos.

A ressalva da segunda parte do (*sic*) em nada infirma o que foi dito. Aliás, o dispositivo apenas repete o art. 220, parágrafo único, das NSCGJ – Cartórios Judiciais. Trata-se, tão somente, de uma precaução a mais, dada a relevância, perante o ordenamento, da alienação de bem de menor incapaz. Exigem as Normas que, no caso específico de alvará para alienação, o prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária. De onde se conclui que, nos demais casos, embora necessário o alvará, não se exige a indicação de prazo.

Visto que as Normas não dispensam a apresentação de alvará, resta verificar se o Código Civil o faz.

A resposta também é negativa.

Na dicção do art. 1.691, os pais não podem alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

O interessado aduz que não se tratou de alienar nem de gravar de ônus real imóvel de menor. Ao contrário, cuidou-se de adquirir patrimônio em seu favor, o que vai ao encontro de seu melhor interesse. Nada se perdeu, mas se acresceu ao patrimônio do incapaz. Daí porque seria desnecessária autorização judicial.

O argumento não convence, contudo. O negócio de compra e venda do imóvel implicou a contração de obrigação – pagamento do preço de R\$191.279,07 – que ultrapassa, obviamente, os limites da mera administração, não havendo qualquer comprovação de necessidade ou evidente interesse do incapaz, o que, justamente, deveria ter sido feito mediante pedido de alvará, quando o Juiz verificaria a presença de tais requisitos.

Não se indicou, na escritura, de onde provieram os recursos para a compra do imóvel (o menor tinha onze anos de idade ao tempo da lavratura da escritura). Há de se presumir, portanto, que se trataram de recursos próprios do menor. Essa a única conclusão que permite a leitura do título.

Caso se tratasse de doação, bastaria que se expusesse o negócio na escritura. Tratar-se-ia de uma doação modal, seguida de compra e venda, em nexo de interdependência. Recolher-se-ia o ITCMD relativo à doação e não haveria qualquer problema, pois, aí sim, estaria ressalvada a possibilidade de fraude e não haveria dúvida acerca do melhor interesse do menor.

Porém, como disse o interessado, trataram-se de “recursos outros” (f.), que, por opção sua, não estão esclarecidos na escritura.

Se de fato não cabe ao tabelião perscrutar a origem dos recursos do menor, ao se optar por não esclarecer, no ato da escritura, a origem dos recursos, não se deixou alternativa outra que não a de se presumir que eles estão incorporados ao patrimônio do menor. Vale dizer, são recursos do incapaz.

Ora, se são recursos do incapaz e se, como visto, o ato implicou a contração de obrigação que ultrapassa os limites da simples administração, é evidente que o alvará era necessário. Há uma série de circunstâncias que o juiz deve verificar para concluir que negócio de tal monta interessa mesmo ao incapaz ou se é necessário, ainda mais porque, na verdade, como nem observado pelo Ministério Público, há possibilidade de que ele esteja sendo usado para encobrir fraude contra credores ou ao fisco.

Mesmo os aspectos relativos ao negócio em si deveriam ter sido apreciados pelo Ministério Público e pelo Juiz, no melhor interesse do menor. Cite-se, ainda que na esfera jurisdicional, trecho do acórdão do AgIn 152.031.4-0 – rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, onde se esclarecem as razões pelas quais a intervenção é pertinente:

“Agravado de instrumento – Alvará – Aquisição de imóvel, com numerário de menor absolutamente incapaz – Avaliações elaboradas por imobiliárias – Inadmissibilidade – Necessidade de proteção do patrimônio do menor – Determinação de avaliação judicial, para aferição do real valor do bem – Recurso provido”.

“Em se tratando de operação de venda e compra, por menor, absolutamente incapaz, com numerário próprio, representada por sua mãe, de rigor, para prevenir possível prejuízo, seja o bem imóvel, a ser adquirido, avaliado, por perito nomeado pelo Juízo.

Não basta, ao contrário do entendimento pela MM. Juíza *a quo*, embora louvável sua preocupação com os gastos com a perícia, a serem suportados pela própria menor, ora agravada, a juntada de avaliações, simples e sucintas, elaboradas por 3 (três) imobiliárias distintas, apresentadas por sua representante.

Tais avaliações, ainda que não se discuta a idoneidade das empresas que as realizaram, em razão de solicitadas por pessoa diretamente interessada na transação, não substituem, para o fim a que se destinam – compra de imóvel com numerário pertencente a menor, cujos interesses devem ser acima de tudo protegidos, a avaliação por perito judicial.

Impõe-se, na espécie, para a proteção e segurança do patrimônio da menor, ora agravada, total controle e pleno conhecimento, pelo Juízo e pelo Ministério Público, órgãos incumbidos pelo Estado de zelar pelos interesses dos incapazes, de todas as circunstâncias e pormenores do negócio, principalmente, o valor de mercado do imóvel.

Em assim sendo, imprescindível a avaliação judicial, por perito especializado, com descrição pormenorizada do imóvel e do local onde se situa, e, com indicação fundamentada de seu real valor de mercado”.

Não bastasse isso, ao contrário do que sustentou a sentença, o precedente trazido pelo oficial tratou, sim, de hipótese similar a dos autos. Veja-se o trecho relevante do parecer, devidamente aprovado pelo então Corregedor Geral da Justiça, Des. José Renato Nalini, que fundamentou o apenamento disciplinar de tabelião que não exigiu o alvará para a lavratura de escritura pública:

“A questão posta em exame refere-se à ocorrência de ilícito administrativo na hipótese do Tabelião não exigir alvará judicial para lavratura de escritura pública de compra e venda na qual os compradores tenham a situação jurídica de menores.

A exigência constava expressamente no item 12, *e*, do Capítulo XIV, do Tomo II, das NSCGJ, vigente à época (atualmente a previsão está contida no art. 41, *e*, do Capítulo XIV, das NSCGJ, no qual existe previsão da necessidade de autorização judicial para aquisição de bens imóveis ou direitos e ele relativos por incapazes).

É fato incontroverso e documentalmente provado a lavratura da escritura pública pelo recorrente sem a observação das normas incidentes na espécie (*a f.*).

A norma administrativa tem seu fundamento no art. 1.691, 2.^a parte, do CC/2002, o qual estabelece a necessidade de prévia autorização judicial para atos de administração extraordinária do patrimônio de incapazes.

A situação posta nos autos tem sua qualificação jurídica justamente na norma em comento, porquanto ao se considerar a titularidade dos recursos financeiros pelas menores, obviamente, cabia prévia autorização judicial para prática do ato justamente para a proteção dos interesses das incapazes, notadamente quanto ao valor do bem e o interesse dos menores em sua aquisição, sobretudo diante do dever de sustento da representante legal (genitora)”.

Ante o exposto, pelo meu voto, *dou provimento* ao recurso, julgando procedente a dúvida.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100.

Apelante: Ministério Público.

Apelado: AAA (menor representado pelos genitores).

Voto 26.777.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO DES. PINHEIRO FRANCO, PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL – Sem embargo da tese lançada pelo eminente desembargador relator, e sempre com o devido respeito, entendo ser caso de negar provimento ao recurso.

Busca-se o ingresso no registro imobiliário de escritura de venda e compra de imóvel adquirido por menor representado pelo pai.

O registro foi obstado pelo registrador, por entender necessário alvará judicial, presumindo que o bem foi adquirido com recursos próprios do menor, uma vez inexistente qualquer referência sobre eventual doação.

A *r.* sentença ressaltou que a exigência de alvará se dá para alienação, como medida protetiva ao menor, sendo que a compra não exige alvará. Desta sorte, o Juízo *a quo* determinou o registro do título.

Há, de fato, omissão quanto à origem do numerário. O interessado informou que se valeu de “recursos outros”, consistentes na doação modal acoplada à compra e venda. Isso implicou no recolhimento do ITBI e não do ITCMD.

Na minha ótica, cabe ao registrador fiscalizar apenas o recolhimento dos tributos incidentes sobre os fatos geradores consubstanciados no título. E não existe no ato notarial em exame elemento a identificar o fato gerador do imposto de transmissão relativo à doação.

A origem do numerário não interessa ao direito civil, mas ao fisco, consoante precedente trazido aos autos. E não se pode presumir a existência de fraude.

O registrador só pode exigir o tributo vinculado ao título.

Pois bem.

A presunção é de que a aquisição foi feita em favor do menor (lógica do razoável), que foi representado pelo pai. E o poder familiar pode ser exercido pelo pai ou mãe ou por ambos (arts. 1.630 e ss. do CC/2002 e art. 21 do ECA)

É cediço que menores incapazes dependem de autorização para alienar bens imóveis, não para adquirir na forma da lei civil.

Ora, na aquisição não há risco, salvo em situações especiais, comprovadas. E mais: se o dinheiro era do menor, o alvará deveria ter exigido no momento do levantamento, junto ao banco, não no momento da prática do ato notarial *data venia*.

Não toca ao tabelião o controle da origem.

Mesmo que tenha havido doação, ao tabelião não cabe controlar essa situação, vez que negócio jurídico dessa natureza não se materializou no ato.

Destarte, o procedimento do tabelião está correto e o título apto a registro.

Pelo meu voto, pois, pedindo licença para divergir no caso do eminente desembargador relator, nego provimento ao recurso.

Pinheiro Franco, presidente da Seção de Direito Criminal.

Conselho Superior da Magistratura.

ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100.

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Apelado: AAA (representado por C. E. C. e M. R. S.).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR – VOTO 28.103.

1. Nestes autos de dúvida, o Ministério Público interpôs apelação contra sentença dada pela 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, corregedora permanente do 17.º Ofício de Registro de Imóveis da Capital. Essa sentença julgou improcedente a dúvida, para que se pudesse proceder ao registro *stricto sensu* de transmissão de domínio por compra e venda.

2. O eminente desembargador relator provê à apelação para que, reformada a sentença, não se proceda ao registro *stricto sensu*. Segundo seu voto, esse registro tem de ser recusado não só porque o comprador, menor absolutamente incapaz, foi representado apenas por seu pai (conquanto não houvesse razão para a mãe

deixasse de comparecer à escritura pública), como ainda porque não se apresentou alvará judicial que autorizasse a aquisição do imóvel, que não se pode considerar mero ato de administração. Além disso, o eminente relator determina que se extraiam peças dos autos, para que a corregedoria permanente tome providências disciplinares contra a tabeliã que lavrou a escritura pública.

O registro *stricto sensu* realmente tem de ser recusado. Tratando-se do patrimônio de filhos sob pátrio poder, o CC/2002, art. 1.691, *caput*, só concede aos pais os poderes para praticar atos ordinários de administração. No caso, o ato ordinário de administração não parece ter-se configurado, uma vez que não se conseguiu apurar a proveniência do numerário empregado para que o incapaz pagasse o preço. Ademais, o filho absolutamente incapaz havia de ter sido representado por ambos os pais, já que não havia óbice para que algum deles comparecesse (CC/2002, art. 1.690).

Não se está a dizer que a autorização judicial deva ser exigida em todo e qualquer negócio jurídico que implique aquisição imobiliária por menor. Em primeiro lugar, pode haver aquisições imobiliárias de valor tão reduzido, que não seja exigível sequer a escritura pública (CC/2002, arts. 107-108), e em tais casos não é equitativo supor que se faça necessária a intervenção do Poder Judiciário. Em segundo lugar, como diz expressamente o art. 1.690, *caput*, o alvará judicial só imprescindível, em todo e qualquer caso, quando se tratar de alienação ou oneração de imóvel, ou de obrigação que extrapole os limites da mera administração. Obviamente, nem toda aquisição imobiliária se enquadra nesse último caso, de modo que nem sempre se faz necessária a autorização judicial. Contudo, é justamente por isso (ou seja, porque em alguns casos a aquisição imobiliária pode ser ato de mera administração, e em outros não) que o tabelião precisa tomar alguma declaração acerca das circunstâncias em que o numerário foi adquirido e está sendo empregado pelo menor.

Tampouco se afirma que preocupações de ordem tributária (por exemplo, o pagamento do imposto sobre doações) ou criminal (por exemplo, o controle da lavagem de dinheiro) sempre justifiquem a intervenção do juiz, ou impeçam que o tabelião qualifique o negócio jurídico com independência jurídica e livremente se decida pela lavratura do ato. Finalmente, também não se pode concluir que o CC/2002, art. 1.691, leve em conta a existência ou não de prejuízo para o menor, para que haja exigência ou não da autorização judicial. Só está a declarar que, neste caso concreto, a solução correta está na negativa do registro *stricto sensu*.

Entretanto, não está patente que tenha ocorrido infração funcional por parte da tabeliã. As Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça – NSCGJ, tomo II, cap. XIV, 41, *e*, determinam que o tabelião de notas tem de exigir alvará para atos que envolvam incapazes, é verdade. Contudo, é também certo que o CC/2002, art. 1.691, não declara explicitamente que toda e qualquer aquisição imobiliária extrapole a mera administração. Dessa maneira, nesse específico caso só se pode considerar a explicitação contida nas NSCGJ como recomendação, mas

não como uma extensão que afirme aquilo o que a própria lei não diz. Também ao notário – que é profissional do Direito dotado de independência jurídica (Lei 8.935/1994, art. 28) – sobra, aí, espaço para julgar da necessidade, no caso concreto, da autorização judicial, e o erro nessa avaliação (como o próprio equívoco quanto à incidência do art. 1.690) não pode ser considerado, *ipso facto*, violação a dever funcional. À semelhança do que se passaria se um juiz, nessa mesma hipótese, houvesse concedido autorização na verdade incabível, não se pode aceitar a conclusão de que a punição deva decorrer até mesmo de um equívoco notarial que não seja aberrante: “(...) nas hipóteses em que a conduta é inferida e não descrita, notadamente naquelas infrações contra os princípios da Administração Pública, impõe-se a análise do fato ao ângulo da razoabilidade, por isso que, não obstante a indeterminação do conceito, assentou-se em notável sede clássica, que se não se sabe o que é razoável, é certo o que não é razoável, o bizarro, o desproporcional” (STJ, REsp 721.190, j. 13.12.2005, rel. Luiz Fux).

3. Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*.

Artur Marques da Silva Filho, presidente da Seção de Direito Privado.

ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100.

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Apelado: AAA (representado por C. E. C. e M. R. S.).

TJSP – Voto 19.451.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR – *Registro de imóveis.*

Recurso contra decisão que julgou improcedente a dúvida e determinou o registro de escritura de compra e venda de imóvel em que figura como comprador menor de idade, representado apenas pelo genitor – Ausência de referência, na escritura, da origem do dinheiro usado na aquisição do bem – Necessidade de alvará judicial – Inteligência dos arts. 1.690 e 1.691 do CC/2002, art. 289 da Lei de Registros Públicos e art. 134 do CTN.

Dá-se provimento.

1. Cuida-se de apelação contra decisão proferida pelo Juízo Corregedor Permanente do 17.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, Capital, que deferiu o registro de escritura de compra e venda de imóvel mesmo sendo o adquirente menor de idade, inexistindo alvará judicial a autorizar o aludido negócio jurídico, celebrado exclusivamente pelo genitor.

É o relatório.

2. Respeitado entendimento contrário do excelentíssimo desembargador presidente do E. Tribunal de Justiça, é mesmo o caso de provimento do recurso, tal como fundamentado pelo excelentíssimo desembargador relator, Digníssimo Corregedor Geral da Justiça.

Com efeito, o art. 1.690 do CC/2002 exige a presença “dos pais” na celebração de negócios jurídicos pelos filhos menores (trata-se de um requisito de validade,

especialmente em negócios jurídicos envolvendo altos valores); “na falta de um deles” caberá ao outro representar o filho menor com exclusividade.

In casu, não constou da escritura pública que a mãe havia outorgado procuração para concretização do negócio jurídico, não se podendo presumir essa concordância materna. A escritura omite questão importantíssima para a validade da própria compra e venda (requisito subjetivo – capacidade do agente).

Demais, da escritura pública de compra e venda (f.) *nada consta* a respeito da origem do dinheiro usado na aquisição do bem imóvel.

Conclui-se, por conseguinte, que os recursos utilizados na compra eram do próprio menor. Nessa hipótese, indispensável autorização judicial, *ex vi* do disposto no art. 1.691 do CC/2002, pois o ato extrapola os limites da “*simples* administração”.

E, ainda que o dinheiro não fosse, *in thesis*, do menor, tal como mencionado a f., porque adquirido o bem com o dinheiro dos pais “objetivando garantir um melhor futuro para os seus filhos”, não comportaria registro o título em questão, por não haver notícia do recolhimento do imposto incidente sobre a doação (ITCMD).

Com efeito, o art. 289 da Lei 6.015/1973 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”.

A doação do dinheiro para o fim específico de aquisição do imóvel estaria intimamente ligada à compra e venda, podendo-se dizer que um não existiria sem o outro. Tratando-se, em realidade, de um negócio jurídico complexo, caberia ao oficial “fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos”. Caso contrário, poderia incidir a solidariedade prevista no art. 134, VI, do CTN.

A propósito, ensina Afrânio de Carvalho que “ao invés de serem celebradas duas escrituras, com excesso de formalismo, celebra-se uma única, em que se reúnem a doação e a compra e venda, tendo o título plena validade para o registro²”.

Todavia, para que fosse possível tal registro, haveria de ser exigida a prova do recolhimento do imposto respectivo (ITCMD), além do ITBI devido por força da compra e venda.

Por epítome, inexistindo alvará judicial bem como participação expressa da genitora (arts. 1.690 e 1.691 do CC/2002), e tampouco havendo prova do recolhimento do imposto relativo à suposta doação do dinheiro para a compra do imóvel (art. 289 da Lei de Registros Públicos), correta a recusa de ingresso do título ao fólio real.

3. Ante o exposto, pelo arrimo esposado, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso – Ricardo Anafe, presidente da Seção de Direito Público.

2. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 111.

TJSP – *Ap 3002217-43.2013.8.26.0637* – Conselho Superior de Magistratura – j. 11.11.2014 – v.u. – rel. Des. Hamilton Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Loteamento urbano – Inadmissibilidade – Pretensa destinação urbana a imóvel originalmente campestre – Imprescindibilidade de prévia averbação da baixa do cadastro rural do imóvel a partir de documento expedido pelo Incra – Situação, ademais, que não se amolda às hipóteses de regularização fundiária – Inteligência do art. 53 da Lei 6.766/1979.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RDI 9/68* (JRP\1982\149).

Veja também Jurisprudência

- *RT 798/591* (JRP\2002\722), *RDI 21/113* (JRP\1988\1975), *RDI 20/115* (JRP\1987\1810) e *RDI 13/93* (JRP\1984\70).

Veja também Doutrina

- Parcelamento do solo para fins urbanos em zona rural, de Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli, *RT 751/80*, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral 4/1071* (DTR\1998\255); e
- Transformação de área rural em urbana, de Adriano Marrey – *RDI 8/151* (DTR\2011\3111).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Ap 3002217-43.2013.8.26.0637*, da Comarca de *Tupã*, em que é apelante *Município de Rinópolis*, é apelado *Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Tupã*.

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 *José Renato Nalini* (presidente), *Eros Piceli*, *Guerrieri Rezende*, *Artur Marques*, *Pinheiro Franco* e *Ricardo Anafe*.

São Paulo, 11 de novembro de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 3002217-43.2013.8.26.0637.

Apelante: Município de Rinópolis.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Tupã.

Voto 34.116.

Ementa: Registro de imóveis – Loteamento urbano – Registro – Destinação urbana de imóvel originalmente rural – Necessidade de prévia averbação da baixa do cadastro rural do imóvel a partir de documento expedido pelo Incra – Art. 53 da Lei 6.766/1979 – Item 169 do Capítulo XX das NSCGJ – Situação que não se amolda às hipóteses de regularização fundiária – Recurso não provido.

COMENTÁRIO

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: PRETENDIDO O PARCELAMENTO DE IMÓVEL RURAL PARA FINS URBANOS, É IMPRESCINDÍVEL A ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL PERANTE O INCRA

Cuida-se de apelação cível objetivando a reforma da r. sentença que julgou procedente a dúvida inversa apresentada pelo recorrente, mantendo a recusa do registro de loteamento por falta de prévia averbação da baixa do cadastro rural do imóvel, a partir de documento expedido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), em conformidade com o disposto no art. 53 da Lei 6.766/1979 e nos itens 123, 148 e 169 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça paulista (NSCGJ/SP), bem como pelo fato de não se tratar de regularização fundiária. Em razões recursais, os recorrentes afirmaram que a área em questão se enquadra no conceito de regularização fundiária urbana, nos termos da Lei 11.977/2009, sendo aplicável, por consequência, o atual item 273.2 do Capítulo XX das NSCGJ/SP, que trata de regularização fundiária.

Ao analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, afirmou, inicialmente, que o óbice apontado pelo Oficial Registrador deve ser mantido. Isso porque, o art. 53 da Lei 6.766/1979 dispõe que todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos depende, entre outros requisitos, de prévia audiência do Incra, o que não ficou comprovado *in casu*. Além disso, afirmou que o item 169, *b*, do Capítulo XX das NSCGJ/SP corrobora a imposição da averbação prévia de alteração de destinação do imóvel, de rural para urbano, com a apresentação de certidão expedida pelo Incra, para o parcelamento de imóvel rural para fins urbanos.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, negar provimento ao recurso, mantendo a recusa ao registro do loteamento.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br

O Município de Rinópolis interpõe apelação contra a sentença das f., que julgou procedente a dúvida inversa apresentada pelo recorrente, mantendo a recusa de registro do loteamento denominado “Novo Jardim Bernardelli” por falta de prévia averbação da baixa do cadastro rural do imóvel, a partir de documento expedido pelo Incra, de acordo com o art. 53 da Lei 6.766/1979 e itens 123, 148 e 169 das NSCGJ, assim como pelo fato de não ser a hipótese de simples “regularização fundiária”, que é coisa diversa.

O recorrente sustenta que a área em questão enquadra-se como regularização fundiária urbana, nos termos da Lei 11.977/2009, sendo por consequência aplicável o item 216.2 (atual 273.2) do Capítulo XX das NSCGJ, que trata da regularização fundiária (f.).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório.

O óbice apontado pelo oficial de registro de imóveis deve ser mantido.

A Lei 6.766/1979, em seu art. 53, dispõe que “todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, do órgão metropolitano, se houver, onde se localiza o município, e da aprovação da prefeitura municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente”.

No caso em análise, não se comprovou que o imóvel objeto do pedido de registro não está mais cadastrado como imóvel rural perante o Incra.

Nesse sentido, já decidiu este Conselho Superior da Magistratura:

“Registro de imóveis. Dúvida julgada procedente. Escritura de venda e compra. Descrição sucinta do imóvel constante da matrícula e reproduzida no título que, porém, dadas as circunstâncias do caso concreto, não chega a ofender o princípio da especialidade objetiva. Alegada destinação urbana de imóvel originalmente rural. Necessária apresentação de certidão de descadastramento pelo Incra. Recurso não provido” (CSMSP – ApCiv 790-6/6, j. 27.05.2008, rel. Des. Ruy Camilo).

O item 169, *b*, do Capítulo XX das NSCGJ, por sua vez, corrobora a imposição da averbação prévia de alteração da destinação do imóvel, de rural para urbano, com a apresentação de certidão expedida pelo Incra, para o parcelamento de imóvel rural para fins urbanos.

A alegação de que o caso seria de regularização fundiária não se sustenta, ausentes mínimos elementos a indicar que a hipótese amolda-se a tal solução, de modo que totalmente equivocada a tentativa de aplicação do disposto no item 273 e ss. do Capítulo XX das NSCGJ.

Ante o exposto, mostrando-se correta a recusa ao registro, nego provimento ao recurso – Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

TJSP – *Ap 3002501-95.2013.8.26.0590* – Conselho Superior de Magistratura – j. 07.10.2014 – v.u. – rel. Des. Hamilton Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda – Registro de escritura de negócio jurídico no qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador – Admissibilidade – Nulidade que, se existente, é relativa, não podendo ser pronunciada de ofício pelo juiz, tampouco pelo registrador – Inteligência do art. 117 do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2012\47422.

Veja também Doutrina

- A transferência de imóvel por procuração em causa própria, de João Baptista Galhardo, *RDI* 34/7, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/279 (DTR\1994\288); e
- Do contrato consigo mesmo, de Bomfim Viana – *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos* 1/1035 (DTR\2012\1215).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Ap 3002501-95.2013.8.26.0590*, da Comarca de São Vicente, em que é apelante *Antonio Carlos Alves da Silva*, é apelado *Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Vicente*.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para, reformando a decisão apelada, admitir o ingresso do título apresentado ao fólio real, v.u. declararão votos vencedores os Desembargadores Artur Marques da Silva Filho e Ricardo Mair Anafe”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores *José Renato Nalini (presidente)*, *Eros Piceli*, *Guerrieri Rezende*, *Artur Marques*, *Pinheiro Franco* e *Ricardo Anafe*.

São Paulo, 07 de outubro de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 3002501-95.2013.8.26.0590.

Apelante: Antonio Carlos Alves da Silva.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Vicente.

Voto 34.084.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida – Escritura de compra e venda de imóvel – Vendedor representado pelo próprio comprador – Nulidade relativa – Inviabilidade de reconhecimento de ofício – Recurso provido.

COMENTÁRIO

REGISTRO DE IMÓVEIS: COMPRA E VENDA FORMALIZADA POR ESCRITURA PÚBLICA QUE TEM COMO REPRESENTANTE DO VENDEDOR O PRÓPRIO COMPRADOR É EIVADA DE NULIDADE RELATIVA

Trata-se de apelação cível interposta em face da r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, onde se reconheceu a impossibilidade do registro de escritura pública de compra e venda na qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador. O apelante, em razões recursais, sustentou que a vendedora outorgante da escritura já recebeu o preço e que a procuração foi lavrada em caráter irrevogável e irretratável, sem prestação de contas. Argumentou, ainda, que a forma como foi redigida a procuração representaria ínsita autorização para o autocontrato, inexistindo qualquer conflito de interesses.

Ao analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, entendeu que, de acordo com o art. 117 do CC/2002, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebra consigo mesmo. Apontou, também, se tratar de caso eivado de nulidade relativa, que não pode ser pronunciada de ofício pelo Juiz, tampouco pelo Oficial Registrador. Com tal entendimento, votou pelo provimento do recurso. Por sua vez, os Des. Artur Marques da Silva Filho e Ricardo Mair Anafe manifestaram seus entendimentos em declarações de votos vencedores. Conforme o entendimento do Des. Artur Marques da Silva Filho, ainda que alguma falha houvesse no negócio jurídico, existiria, ainda assim, mera anulabilidade, conforme art. 117, *caput*, c/c arts. 171-179 do CC/2002 e tal anulabilidade não pode ser conhecida de ofício nem opera antes de julgada a sentença. Assim, à falta de qualquer notícia sobre eventual decreto de anulabilidade, o registro *stricto sensu* realmente não poderia ter sido negado neste caso. Ademais, de acordo com o entendimento do Des. Ricardo Mair Anafe, inexistiu, no caso em análise, nulidade relativa, pois, para ele, "trata-se de negócio jurídico válido, salvo se o representado não o permitir; e não o permitindo, haveria nulidade relativa, apenas podendo ser alegada pelo próprio prejudicado. Jamais reconhecido de ofício, como bem salientou o Inclito Desembargador Relator. Portanto, frise-se, ainda que existisse a alegada nulidade, não poderia o Juiz, nem tampouco o Oficial de Registro de Imóveis, reconhecê-la de ofício".

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, decidindo que, a compra e venda formalizada por escritura pública e tendo como representante do vendedor o próprio comprador é eivada de nulidade relativa, não sendo possível seu reconhecimento de ofício.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. que reconheceu a impossibilidade do registro de escritura de venda e compra de imóvel na qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador.

Sustenta, o apelante, que a vendedora outorgante da escritura já recebeu o preço e que a procuração foi lavrada em caráter irrevogável e irretratável, sem prestação de contas. A forma como foi redigida a procuração representaria ínsita autorização para o autocontrato e inexistiria qualquer conflito de interesses (f.).

A Doutra Procuradoria opinou pelo provimento do recurso (f.).

É o relatório.

A proprietária Claudia Maria Albuquerque outorgou procuração a Edmilson Francisco de Oliveira para que alienasse o imóvel. Utilizando-se dos poderes conferidos pela procuração, Edmilson celebrou compromisso de compra e venda do bem com Ricardo Manoel Mota.

Depois, Edmilson substabeleceu os poderes para Erika Maria Mota Pereira, que por sua vez substabeleceu em favor de Antônio Carlos Alves da Silva.

Foi então que se lavrou a escritura de compra e venda pela qual a proprietária Claudia, representada por Antonio Carlos Alves da Silva, a ele vendeu o imóvel, com a anuência do compromissário comprador Ricardo Manoel Mota e sua esposa.

Como observado pelo douto Procurador de Justiça, na dicção do art. 117 do CC/2002 “é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

Trata-se de nulidade relativa, que não pode ser pronunciada de ofício pelo juiz, tampouco pelo registrador.

Nesse sentido já se pronunciou este Conselho:

“Registro de imóveis – Compromisso de compra e venda celebrado sem anuência dos demais descendentes – Negócio jurídico anulável – Interesse privado – Inviabilidade do exame da validade do contrato em processo administrativo – Necessidade de processo jurisdicional – Cabimento do registro – Recurso não provido” (Ap 0029136-53.2011.8.26.0100, Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, j. 31.05.2012).

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a decisão apelada, admitir o ingresso do título apresentado ao fôlio real.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

ApCiv 3002501-95.2013.8.26.0590.

Apelante: Antonio Carlos Alves da Silva.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, e Civil de Pessoas Jurídicas de São Vicente.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR – VOTO 28.661.

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do Ofício de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, e Civil de Pessoas Jurídicas de São Vicente. Essa sentença manteve a negativa de registro *stricto sensu* de uma compra e venda celebrada por escritura pública, negócio jurídico em que a vendedora fora representada pelo próprio comprador.

2. O eminente desembargador relator provê à apelação para que, reformada a sentença, se afaste o óbice levantado e se proceda ao registro *stricto sensu*.

Ainda que alguma falha houvesse no negócio jurídico, existiria, ainda assim, mera anulabilidade (CC/2002, art. 117, *caput*, c/c arts. 171-179). Ora, a anulabilidade não pode ser conhecida de ofício nem opera antes de julgada por sentença (CC/2002, art. 177). Logo, à falta de qualquer notícia sobre eventual decreto de anulabilidade, o registro *stricto sensu* realmente não podia ter sido denegado nesse caso.

3. Ante o exposto, *dou provimento à apelação*.

Artur Marques da Silva Filho, presidente da Seção de Direito Privado.

ApCiv 3002501-95.2013.8.26.0590.

Apelante: Antonio Carlos Alves da Silva.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Vicente.

TJSP – Voto 19.571.

DECLARAÇÃO DE VOTO – Registro de imóveis.

Recurso contra decisão que negou o registro de escritura de venda e compra de imóvel na qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador – Inteligência do art. 117 do CC/2002 – Procuração em causa própria – Concordância da representada – Ausência de nulidade – Ainda que houvesse nulidade, seria relativa, não se podendo declará-la de ofício.

Dá-se provimento ao recurso.

1. Cuida-se de apelação contra decisão proferida pelo Juízo Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Vicente, que negou pedido de registro de escritura pública de compra e venda, ao argumento de nulidade, *ex vi* do disposto no art. 117 do CC/2002.

É o relatório.

2. Consoante mencionado pelo excelentíssimo desembargador relator Corregedor Geral da Justiça, é mesmo o caso de provimento do recurso. Ressalve-se, apenas, que, a meu ver, não haveria, *in casu*, a nulidade relativa apontada.

Com efeito, assim dispõe o art. 117 do CC/2002:

“Art. 117. *Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.* (grifei)

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos”.

Trata-se da chamada “procuração em causa própria” ou “contrato consigo mesmo”.

A esse respeito, leciona Pontes de Miranda:

“O que se transfere não é o direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo o proveito e dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode pôr. Há, portanto, atribuição de *direito formativo dispositivo*. Não houve a transferência do direito e que se pôde dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu. No Código Civil brasileiro, tal explicação, que tem fontes históricas, é a que se há de sustentar”.¹

Trata-se de negócio jurídico válido, salvo se o representado não o permitir; e não o permitindo, haveria nulidade relativa, apenas podendo ser alegada pelo próprio prejudicado. Jamais reconhecido de ofício, como bem salientou o íncrito desembargador relator.

Portanto, frise-se, ainda que existisse a alegada nulidade, não poderia o Juiz, nem tampouco o oficial de registro de imóveis, reconhecê-la de ofício.

A proprietária do imóvel em questão lavrou escritura pública em favor de Edmilson Francisco Oliveira de Souza nos seguintes termos: “(...) confere ao outorgado poderes para o fim especial de vender, prometer vender, ceder, prometer ceder, ou por qualquer outra forma, título ou meio alienar *em favor de quem quiser*, pelo preço, cláusulas e condições que melhor convencionar o imóvel (...)”; “sendo a presente lavrada em caráter irrevogável e irretroatável, sem prestação de contas” (p. 38) Na própria procuração, outrossim, autorizou-se o substabelecimento de tais poderes.

Pelo que se observa do teor da procuração pública, a proprietária alienou o direito de disposição do próprio bem. No dizer do mestre Pontes de Miranda, “houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu”. Em outras palavras, autorizou-se o próprio mandatário a adquirir o bem.

Além disso, o primeiro mandatário celebrou compromisso de compra e venda do imóvel com Ricardo Manoel Mota, o qual participou da escritura de compra e venda como cedente (f.).

Conclui-se, pois, não ter havido fixação de preço de forma exclusiva pelo mandatário, azo pelo qual sequer se poderia sustentar eventual nulidade por subsunção ao disposto no art.489 do CC/2002.

1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. vol. XLIII, p. 157.

A procuração pública não foi revogada (nem poderia, pois lavrada em caráter irrevogável e irretratável), tendo sido realizada “sem prestação de contas”. Nada impede que o próprio mandatário, substabelecido, venha a lavrar a respectiva escritura pública de compra e venda (f.).

De se anotar, por fim, que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) foi recolhido por duas vezes, uma pela cessão, outra pela compra e venda, consoante documentos a f.

Por építome, porque autorizado pela mandante, proprietária do imóvel, válida a escritura pública de compra e venda celebrada pelo mandatário em seu favor, tendo como interveniente interessado o compromissário comprador, permitindo-se o registro nos moldes pleiteados.

3. Ante o exposto, pelo arrimo esposado, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso.

Ricardo Anafe, presidente da Seção de Direito Público

TJSP – Processo 1119390-50.2014.8.26.0100 – 1.ª Vara de Registro Públicos do Foro Central – j. 11.12.2014 – Sentença – Juíza de Direito Tânia Mara Ahualli – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Tributário.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Alteração de propriedade de unidade autônoma – Ausência de apresentação de certidões negativas de dívidas tributárias e previdenciárias federais – Admissibilidade – Prova de inexistência de débito, dispensada por autoridades superiores, que não deve ser contestada por juízo administrativo – Inteligência do art. 47, I, b, da Lei 8.212/1991.

Veja também Jurisprudência

- RT 822/412 (JRP\2004\615), RDI 73/372 (JRP\2012\47056) e RDI 34/99 (JRP\1994\43); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\1999\3254 e JRP\2012\37915.

Veja também Doutrina

- Dúvida. Título judicial. Aspectos procedimentais. Procedência parcial. Qualificação registral. Execução de obrigação de fazer. Transação. Mandado judicial. Desnecessidade de escritura pública. CND do INSS e Receita Federal. ITBI. Especialidade. Continuidade. Desmembramento. Apuração do remanescente, de Márcio Martins Bonilha – RDI 44/140 (DTR\2011\3304); e
- Sanções políticas e inconstitucionalidade do art. 47, I, da Lei 8.212/1991 que exige certidão negativa de débitos para os atos que especifica, de Sérgio Massaru Takoi, de RTrib 89/305, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 11/1389 (DTR\2009\668).

Sentença

Processo Digital 1119390-50.2014.8.26.0100.

Classe – Assunto: Dúvida – Registro de imóveis.

Requerente: 14.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Requeridos: Joal Administradora de Bens Próprios Ltda. e outro.

Juíza de Direito: Dra. Tânia Mara Ahualli.

Em 11.12.2014, faço estes autos conclusos à MM. Juíza de Direito Dra. Tânia Ahualli, da 1.ª Vara de Registros Públicos, Eu, escrevente, digitei.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida – Segundo o entendimento atual do E. Conselho Superior da Magistratura e da E. Corregedoria Geral da Justiça, não são exigíveis as certidões negativas de débitos relativos às contribuições previdenciárias e de terceiros e de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União (Lei 8.212/1991, art. 47, I, b) é facultado ao oficial, no ato

de qualificação, formular ou não a exigência – responsabilidade atribuída por lei ao delegado do serviço público, sendo inadequada a via administrativa para apreciação – dúvida improcedente.

COMENTÁRIO

CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS: É FACULTADO AO OFICIAL REGISTRADOR, NA QUALIFICAÇÃO DO TÍTULO, FORMULAR OU NÃO A EXIGÊNCIA

Trata-se de decisão proferida pela 1.^a Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo (1.^a VRPSP), onde se decidiu pela improcedência da dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, entendendo-se que não são exigíveis as certidões negativas de débitos relativos às contribuições previdenciárias e de terceiros e de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União (art. 47, I, b, da Lei 8.212/1991), sendo facultado ao Oficial Registrador, quando da qualificação do título, formular ou não a exigência, responsabilidade atribuída por lei ao delegado do serviço público e sendo inadequada a apreciação pela via administrativa. Os requeridos afirmam que o título recebeu qualificação negativa, em face da ausência das certidões negativas de débitos relativos às contribuições previdenciárias e de terceiros, bem como aos tributos federais e à dívida ativa da União em nome do vendedor. Ressaltam que o E. TJSP declarou inconstitucional a Lei 8.212/1991, art. 47, I, d, e que, por força disso, a redação atual das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça paulista (NSCGJ/SP), Tomo II, Capítulo XIV, item 59.2, faculta aos Tabeliães dispensar, nos casos da Lei 8.212/1991, art. 47, I, b; do Dec. 3.048/1999, art. 257,¹ I, b e do Dec. 6.106/2007, art. 1.º, a exibição das certidões negativas de débitos emitidas pelo INSS e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e da certidão conjunta negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Ademais, afirmaram que o C. Conselho Superior da Magistratura paulista vem aplicando, por analogia, a declaração de inconstitucionalidade a outras alíneas do art. 47, I, da Lei 8.212/1991.

Ao analisar o caso, a MM. Juíza de Direito, Dra. Tânia Mara Ahualli ressaltou que acompanha o entendimento do MM. Juiz de Direito Josué Modesto Passos, no sentido de que no juízo administrativo não cabe aplicar a inconstitucionalidade declarada sobre a Lei 7.711/1988, para, por identidade de razão, dar por inconstitucional a Lei 8.212/1991, art. 47, I, d, não sendo possível, na via administrativa, estender a eficácia desta decisão também para o art. 47, I, b. Além disso, afirmou que as NSCGJ/SP, II, XIV, 59.2 dispensou os Tabeliães da exigibilidade de tais certidões para a lavratura de escrituras públicas de negócios jurídicos concernentes a direitos reais imobiliários, mas não puseram dispensa semelhante em favor dos Oficiais Registradores. Ademais, a MM. Juíza de Direito afirmou que, na falta de declaração judicial expressa de que a Lei 8.212/1991 é inconstitucional, não pode o Oficial Registrador de imóveis estender-lhe a fulminação que afligiu a Lei 7.711/1988 e que o art. 48 da Lei 8.212/1991, dispõe que o Oficial Registrador é solidariamente responsável pela prática de atos com inobservância de seu art. 47. Por fim, afirmou, com base em precedente jurisprudencial, que a apresentação das mencionadas certidões pode ser dispensada nos casos de absoluta impossibilidade de se satisfazer a exigência. Feitas tais observações, a MM. Juíza de Direito destacou que é necessário

1. O art. 257 do Dec. 3.048/1999 foi revogado pelo Dec. 8.302/2014.

observar que, justamente por se tratar de juízo administrativo, não há liberdade senão para cumprir o atual entendimento da Corregedoria Geral da Justiça e o Conselho Superior da Magistratura, no sentido de se dispensar as certidões negativas de dívidas tributárias federais e previdenciárias federais.

Diante do exposto, a MM. Juíza de Direito julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, determinando que se proceda ao registro pretendido e dispensando a apresentação das referidas certidões.

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.

O 14.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo suscitou dúvida, a requerimento de Joal Administradora de Bens Próprios Ltda. e JCF Indústria e Comércio Ltda., que apresentaram ao registro a alteração de propriedade da unidade autônoma matriculada sob n. ..., naquela serventia (f.).

Segundo relatado pelos suscitados, o título recebeu qualificação negativa, em face da ausência das certidões negativas de débitos relativos às contribuições previdenciárias e de terceiros, bem como aos tributos federais e à dívida ativa da União em nome do vendedor (Lei 8.212, de 24.07.1991, art. 47, I, b).

Ressalta que o E. TJSP declarou inconstitucional a Lei 8.212, de 24.07.1991, art. 47, I, d (Autos 0139256-75.2011.8.26.0000), e que, por força disso, a redação atual das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – NSCGJ, tomo II, capítulo XIV, item 59.2, faculta aos tabeliães dispensar, nos casos da Lei 8.212/1991, art. 47, I, b, do Dec. 3.048, de 06.05.1999, art. 257, I, b,^{NE1} e do Dec. 6.106, de 30.04.2007, art. 1.º, a,^{NE2} a exibição das certidões negativas de débitos emitidas pelo INSS e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e da certidão conjunta negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Além disso, o C. Conselho Superior da Magistratura, por analogia, vem aplicando a declaração de inconstitucionalidade a outras alíneas da Lei 8.212/1991, art. 47, I, como se vê nos Autos 9000004-83.2011.8.26.0296.

O Ministério Público opinou pela improcedência da dúvida (f.).

É o relatório. Decido.

Cumpre primeiramente consignar que acompanho o entendimento do MM Juiz de Direito Josué Modesto Passos, que em recente decisão proferida à frente

NE1 Nota do Editorial: Art. 257 que foi revogado pelo Dec. 8.302/2014.

NE2 Nota do Editorial: Dec. 6.106/2007 revogado pelo Dec. 8.302/2014.

desta 1.^a Vara de Registros Públicos, declarou que, no que diz respeito à sua convicção pessoal, “no juízo administrativo não cabe aplicar a inconstitucionalidade declarada sobre a Lei 7.711, de 22.09.1988, art. 1.^o, I, III e IV, e §§ 1.^o a 3.^o (cf. ADIns 173-6 e 394-1) para, por identidade de razão, dar por inconstitucional a Lei 8.212/1991, art. 47, I, *b*. Além disso, na Arguição 0139256-75.2011.8.26.0000 foi declarada apenas a inconstitucionalidade da Lei 8.212/1991, art. 47, I, *d*, e – repita-se – na via administrativa não há estender a eficácia dessa decisão também para o art. 47, I, *b*. Finalmente, as NSCGJ, II, XIV, 59.2, são de alcance algo duvidoso, porque dispensam os *tabelionatos* (frise-se) de exigir as certidões para a *lavratura de escrituras públicas* de negócios jurídicos concernentes a direitos reais imobiliários, é verdade; porém, as próprias NSCGJ não puseram dispensa semelhante em favor dos escritórios de registro de imóveis, mesmo na redação dada pelo Provimento CG 37, de 26.11.2013, em vigor a partir de 28.01.2014”.

De resto, já decidiu o E. Tribunal de Justiça (Ap 0015621-88.2011.8.26.0604 – Sumaré, 11.^a Câ. de Direito Público, rel. Des. Ricardo Dip, j. 22.01.2013):

“Nesse quadro, avista-se, com efeito, que a exigência, na espécie, de apresentação de certidões negativas para que a carta de adjudicação acesse ao fôlio real tem por fundamento a Lei 8.212/1991, e, embora a Lei 7.711/1988 também verse a necessidade de apresentação das aludidas certidões, o fato é que a registradora imobiliária, na qualificação do título apresentado a registro, adstrita ao princípio da legalidade, tomou amparo na Lei 8.212”.

À falta de declaração judicial expressa de que a Lei 8.212/1991 padeça de inconstitucionalidade, não pode o registrador de imóveis estender-lhe a fulminação que afligiu a Lei 7.711/1988. Frise-se, além disso, que o art. 48 da Lei 8.212/1991, enuncia que o registrador é solidariamente responsável pela prática de atos com inobservância de seu art. 47: “Art. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos. (...) § 3.^o O servidor, o serventuário da Justiça, o titular de serventia extrajudicial e a autoridade ou órgão que infringirem o disposto no artigo anterior incorrerão em multa aplicada na forma estabelecida no art. 92, sem prejuízo da responsabilidade administrativa e penal cabível”.

Note-se que nesse aresto ficou aventada a possibilidade de a corregedoria permanente (e, por maior força de razão, a Corregedoria Geral) dispensar as certidões, mas somente nos casos de *difficultas praestandi*, de absoluta impossibilidade de satisfazer a exigência (Lei 6.015, de 31.12.1973 – LRP/1973, art. 198, *verbis* “ou não a podendo satisfazer”) – e não de modo geral e abstrato.

Feitas essas observações, é necessário, porém observar que, justamente porque aqui se trata de um juízo administrativo, não há liberdade senão para cumprir o que tenham decidido as autoridades superiores, *i. e.*, a Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) e o Conselho Superior da Magistratura (CSM) – as quais, é bom ver,

desde o julgamento da ApCiv 0003435-42.2011.8.26.0116, em 13.12.2012 (DJ 30.01.2013), mandam que se dispensem as certidões negativas de dívidas tributárias federais e previdenciárias federais.

Nesse sentido, confirmam-se: (a) para a CGJ: Processo 62.779/2013, j. 30.07.2013, DJ 07.08.2013; e Processo 100.270/2012, j. 14.01.2013 (b) para o CSM: as ApCiv 0015705-56.2012.8.26.0248, j. 06.11.2013, DJ 06.11.2013; ApCiv 9000004-83.2011.8.26.0296, j. 26.09.2013, DJ 14.11.2013; ApCiv 0006907-12.2012.8.26.0344, j. 23.05.2013, DJ 26.06.2013; ApCiv 0013693-47.2012.8.26.0320, j. 18.04.2013, DJ 24.05.2013; ApCiv 0019260-93.2011.8.26.0223, j. 18.04.2013, DJ 24.05.2013; ApCiv 0021311-24.2012.8.26.0100, j. 17.01.2013, DJ 21.03.2013; ApCiv 0013759-77.2012.8.26.0562, j. 17.01.2013, DJ 21.03.2013; ApCiv 0018870-06.2011.8.26.0068, j. 13.12.2012, DJ 26.02.2013; ApCiv 9000003-22.2009.8.26.0441, j. 13.12.2012, DJ 27.02.2013; ApCiv 0003611-12.2012.8.26.0625, j. 13.12.2012, DJ 01.03.2013; e ApCiv 0013479-23.2011.8.26.0019, j. 13.12.2012, DJ 30.01.2013.

Assim, esta corregedoria permanente não pode senão afastar o óbice levantado pela 14.^a RISP, para que se proceda ao registro.

Do exposto, *julgo improcedente a dúvida suscitada por 14.º Oficial do Registro de Imóveis de São Paulo a requerimento Joal Administradora de Bens Próprios Ltda. e JCF Indústria e Comércio Ltda.*

Não há custas, despesas processuais nem honorários advocatícios.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.R.I.C.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014 – Tânia Mara Ahualli, juíza de direito.



**Índice
Alfabético–
Remissivo**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Abandono – Vide: Arrecadação de imóvel urbano abandonado.

Acessões – Vide: Direito real de superfície no direito brasileiro (O).

Alienação Fiduciária – Mora – Purgação após a consolidação da propriedade imóvel em nome do credor fiduciário – Admissibilidade – Contrato de mútuo que não se extingue quando consolidada a propriedade em nome do fiduciário, mas pela alienação do bem em leilão público, a partir da lavratura do auto de arrematação – Inteligência do art. 39, II, da Lei 9.514/1997 e do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 (STJ) – p. 334

Alienação fiduciária de bem imóvel – Vide: Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer.

Aluguel – Vide: Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012.

Arrecadação de imóvel urbano abandonado, Milton Pardo Filho e Anna Paula Grossi – p. 269

B

Boa-fé objetiva – Vide: Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer.

Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012, Camila Ramos Moreira – p. 125

C

Compra e Venda – Registro de imóveis – Registro de escritura de negócio jurídico no qual a

vendedora foi representada pelo próprio comprador – Admissibilidade – Nulidade que, se existente, é relativa, não podendo ser pronunciada de ofício pelo juiz, tampouco pelo registrador – Inteligência do art. 117 do CC/2002 (TJSP) – p. 364

Conservação do imóvel – Vide: Arrecadação de imóvel urbano abandonado.

Contrato – Vide: Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012.

Contrato de construção ajustada – Vide: Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012.

D

Desapropriação – Registro de imóveis – Recusa de registro de escritura pública de expropriação administrativa de imóvel rural, devido à sobra de área remanescente em área inferior à mínima legal – Inadmissibilidade – Bem desapropriado que não fica atrelado aos títulos dominiais pretéritos, não sendo necessária a continuidade registral – Cessão amigável, ademais, que não descaracteriza a forma de aquisição originária de propriedade (TJMG) – p. 344

Desjudicialização – Vide: Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis.

Direito comparado – Vide: Registo electrónico – Vantagens e desvantagens (O).

Direito real de superfície no direito brasileiro (O), Celso Luiz Simões Filho – p. 171

E

Escritura pública – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Escrituras públicas – Vide: Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuêlinas.

Estacionamento – Vide: Locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (A).

F

Fé pública registral – Vide: Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A).

Fé pública registral – Vide: Usucapião tabular (A).

Fiança – Locação – Nulidade – Ausência de outorga uxória – Inadmissibilidade – Validade de garantia prestada durante união estável sem a outorga do outro companheiro – Efeitos decorrentes do instrumento formal de casamento que justificam o tratamento distinto – Não incidência da Súmula 332 do STJ à hipótese em análise (STJ) – p. 301

Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis, Sergio Ávila Doria Martins – p. 239

Fraudes Imobiliárias – Vide: Registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil (O).

Função social da propriedade – Vide: Usucapião tabular (A).

G

Garagem – Vide: Locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (A).

H

História do direito – Vide: Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuêlinas.

I

Imóvel urbano abandonado – Vide: Arrecadação de imóvel urbano abandonado.

Informatização do registro – Vide: Registo eletrônico – Vantagens e desvantagens (O).

Inquilinato – Vide: Locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (A).

Inventário e partilha notariais – Vide: Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis.

IPTU – Vide: Arrecadação de imóvel urbano abandonado.

ITBI – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

J

Jurisdição voluntária – Vide: Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis.

L

Laudêmio – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A), Marinho Dembinski Kern – p.

Leilões extrajudiciais – Vide: Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer.

Litigância de má-fé – Vide: Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer.

Locação – Fiança – Nulidade – Ausência de outorga uxória – Inadmissibilidade – Validade de garantia prestada durante união estável sem a outorga do outro companheiro – Efeitos decorrentes do instrumento formal de casamento que justificam o tratamento distinto – Não incidência da Súmula 332 do STJ à hipótese em análise (STJ) – p. 301

Locação de imóveis – Vide: Locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (A).

Locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (A), Samuel Belluco Silveira Santos – p. 59

Locação por encomenda – Vide: Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012.

M

Mora – Alienação fiduciária – Purgação após a consolidação da propriedade imóvel em nome do credor fiduciário – Admissibilidade – Contrato de mútuo que não se extingue quando consolidada a propriedade em nome do fiduciário, mas pela alienação do bem em leilão público, a partir da lavratura do auto de arrematação – Inteligência do art. 39, II, da Lei 9.514/1997 e do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 (STJ) – p. 334

N

Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas, Luiz Rodrigo Lemmi – p. 151

O

Ocupação – Vide: Arrecadação de imóvel urbano abandonado.

Operações imobiliárias – Vide: Registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil (O).

Ordenações Manoelinas – Vide: Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas.

P

Plantações – Vide: Direito real de superfície no direito brasileiro (O).

Posse – Vide: Usucapião tabular (A).

Preço vil – Vide: Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer.

Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel – Parecer, Everaldo Augusto Cambler – p. 277

Princípio da fé pública registral – Vide: Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A).

Princípio da presunção – Vide: Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A).

Princípio da publicidade – Vide: Registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil (O).

Princípios imobiliários – Vide: Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A).

Propriedade – Vide: Direito real de superfície no direito brasileiro (O).

Propriedade – Vide: Usucapião tabular (A).

Proteção de terceiros – Vide: Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? (A).

R

Registro electrónico – Vantagens e desvantagens (O), Madalena Teixeira – p. 259

Registro – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Registro de Imóveis – Alteração de propriedade de unidade autônoma – Ausência de apresentação de certidões negativas de dívidas tributárias e previdenciárias federais – Admissibilidade – Prova de inexistência de débito, dispensada por autoridades superiores, que não deve ser contestada por juízo administrativo – Inteligência do art. 47, I, b, da Lei 8.212/1991 (TJSP) – p. 370

Registro de Imóveis – Compra e venda – Registro de escritura de negócio jurídico no qual a vendedora foi representada pelo próprio comprador – Admissibilidade – Nulidade que, se existente, é relativa, não podendo ser pronunciada de ofício pelo juiz, tampouco pelo registrador – Inteligência do art. 117 do CC/2002 (TJSP) – p. 364

Registro de Imóveis – Desapropriação – Recusa de registro de escritura pública de expropriação administrativa de imóvel rural, devido à sobra de área remanescente em área inferior à mínima legal – Inadmissibilidade – Bem desapropriado que não fica atrelado

aos títulos dominiais pretéritos, não sendo necessária a continuidade registral – Cessão amigável, ademais, que não descaracteriza a forma de aquisição originária de propriedade (TJMG) – p. 344

Registro de Imóveis – Inadmissibilidade – Escritura de compra e venda levada a registro por menor absolutamente incapaz, representado apenas pelo pai – Ausência de comprovação da origem dos recursos que, incorporados ao patrimônio do menor, impõe a exigência de alvará judicial – Não comparecimento injustificado da mãe ao ato, ademais, que também inviabilizaria o registro pretendido (TJSP) – p. 349

Registro de Imóveis – Loteamento urbano – Inadmissibilidade – Pretensa destinação urbana a imóvel originalmente campestre – Imprescindibilidade de prévia averbação da baixa do cadastro rural do imóvel a partir de documento expedido pelo Incra – Situação, ademais, que não se amolda às hipóteses de regularização fundiária – Inteligência do art. 53 da Lei 6.766/1979 (TJSP) – p. 361

Registro de imóveis – Vide: Usucapião tabular (A).

Registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil (O), Patricia André de Camargo Ferraz – p. 225

S

Segurança Jurídica – Vide: Registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil (O).

Sociedade empresária – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Sociedade simples – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Superfície – Vide: Direito real de superfície no direito brasileiro (O).

T

Tabelião – Vide: Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas.

TCMD – Vide: Fiscalização tributária pelo Registro de Imóveis.

Transferência de imóveis – Vide: Transferência de imóveis à sociedade (A).

Transferência de imóveis à sociedade (A), Flávio Cassel Júnior – p. 85

U

União Estável – Alienação de bem imóvel adquirido na constância da convivência, sem o consentimento do companheiro – Admissibilidade – Ausência de registro no álbum imobiliário em que inscrito o bem alienado sobre a copropriedade ou a existência da união – Segurança jurídica que exige a preservação dos interesses do adquirente de boa-fé (STJ) – p. 323

Usucapião tabular (A), Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho – p. 105

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.
3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.

5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinha-
do. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

