

## 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 automaticamente 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.
- O uso é pessoal e intransferível ao proprietário da obra, sob pena de multa.

## Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

ABAIXO O SEU CODIGO DE ACESSO:	



# REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 81 • jul.-dez. / 2016



Ano 39 • vol. 81 • jul.-dez. / 2016

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

LEONARDO BRANDELLI

#### CONSELHO EDITORIAL

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

## CONSELHO DE JURISPRUDÊNCIA

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

### CONSELHO CONSULTIVO

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

## REVISTA DE **DIREITO** IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 81 • jul.-dez. / 2016

Coordenação Editorial
LEONARDO BRANDELLI

Publicação Oficial do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

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

> > REVISTA DOS TRIBUNAIS

## REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 81 • jul.-dez. / 2016

Coordenação Editorial

LEONARDO BRANDELLI

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

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e 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: [12-2016]

Profissional

Fechamento desta edição: [10.11.2016]





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

Editorial - editorial@irib.org.br

#### **FUNDADOR**

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)
Vice-Presidente: Francisco Ventura de Toledo (SP)

Secretário-Geral: Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad (SP) 1.º Secretário: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ) 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); Expedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Rubens Pimentel Filho (ES); Kaison Neves de Freitas (GO); Francisco José Resende dos Santos (MG); Alexandre Rezende Pellegrini (MS); José de Arimatéia Barbosa (MT); Cleomar Carneiro de Moura (PA); Fernando Meira Trigueiro (PB); Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE); José Augusto Alves Pinto (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN); Décio José de Lima Bueno (RO); Mario Pazutti Mezzari (RS); Sérgio Pompilio Eckert (SC); Estelita Nunes de Oliveira (SE); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Marly Conceição Bolina Newton (TO).

## REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 81 • jul.-dez. / 2016

Diretora Responsável Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativos Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Procução Editorial Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão Coordenação LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analista de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica Coordenação Caio Henrique Andrade

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

## Sumário

## DOUTRINA NACIONAL

	A impossibilidade de subordinação dos serviços notarial e registral à le- gislação consumerista The impossibility of subordinating notary and registry services to the con- sumer act  BRUNO MIGUEL COSTA FELISBERTO	15
	A "unitas actus" nas escrituras públicas e a moderna praxe notarial The "unitas actus" in the public deeds and the modern notarial praxis Макімно Демвімsкі Кекм	57
	O ITBI na usucapião administrativa The ITBI in extrajudicial adverse possession Luiza Fontoura da Cunha Brandelli	85
	A sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral  The land registry systematic by the perspective of the publicity principle  RAQUEL VIEIRA ABRÃO REZENDE	101
	Direito de superfície e a possibilidade de sua instituição em parte de imóvel: a situação das antenas de telefonia  The surface right and the possibility of institution over part of the property: the case of the telephone antenna  Leandro Augusto Neves Corrêa e Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto	133
	A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária Brazilian Federal Law 13.097/2015 and it's contribution do land governance IVAN JACOPETTI DO LAGO	155
	Compromisso de compra e venda: registro imobiliário e seus efeitos Purchase and sale agreement: registration and its effects  VIVIANE ALESSANDRA GREGO HAJEL	185
SIN	ITER	
	Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária  Eletronic land registry and land governance  Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad	215

Sinter – An impulse fo	r the future of cadastre in Brazil  EZENDE	2
Eletronic land property thout submission	nóveis, cadastros e Sinter: interconexão sem submissão registry, public records and Sinter: interconnection wi-	2
8.764 e 8.777 de 2016 The SINTER and the si crees 8.764 and 8.777	amese twins of territorial management. Federal De-	2
A Responsabilidade dos Nota lativas e Decisões Jurispr	ários e Registradores Diante das Últimas Alterações Legis- udenciais	
Sistema de registro ele The Sinter – National s Srei – Electronic registro	ional de gestão de informações territoriais e o Srei – trônico de imóveis são convergentes ou colidentes? ystem of territorial information management and the ation system of real estate are converging or colliding? Braga Junior	
13.286, de 10 de maio Civil liability of notario 10 <sup>th</sup> , 2016	vil dos notários e registradores e a edição da Lei de 2016 es and registrars and the Federal Law 13286, of may	3
Lei 13.286/2016 Liability of notaries ar	civil de notários e registradores sob a égide da and registers under the aegis of Law 13.286/2016  COSTA BENÍCIO	3
ministrativa disciplina Registry qualification ty of land registrars	– sua independência e responsabilidade civil e ad- r do registrador de imóveis – independence and civil and administrative liabili-	
prio e por ato de prep Administrative liabilit act of agent	ninistrativa do notário e do registrador, por ato pró- osto y of notary and registrar by act of principal and by	2

633

Doutrina Internacional	
A informação contida no registo predial eletrónico: os dados pessoais. Recolha, uso e limitações à luz da privacidade no ordenamento jurídico português The information contained in the electronic land registry: personal data. Collecting, use and limitations analyzed from the point of view of the right of privacy in the portuguese legal system  MADALENA TEIXEIRA	431
Les formules et le notariat  Formulas and notaries  Magali Jaouen	463
A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade  The current problem involving the principle of consensuality  Mónica Vanderleia Alves Sousa Jardim	481
Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de credito hipotecario Property registry and development of mortgage credit markets  Fernando P. Méndez González	o 525
A grundschuld alemã  The german grundschuld  Lars P. W. Van Vliet (autor) e Josué Modesto Passos (tradutor)	567
Memória do Direito Imobiliário	
A cessão de grau no direito hipotecário brasileiro  Jorge Lafayette Pinto Guimarães	607
Trabalhos Forenses	
Manifestações com relação ao pedido de providências (Processo 1000695- 68.2016.8.26.0456) Izaías Gomes Ferro Júnior	615

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Superior Tribunal de Justiça

UNIÃO ESTÁVEL – Alienação de bem imóvel adquirido na constância da convivência, sem o consentimento do companheiro

Comentário por Giovanna Truffi Rinaldi: A União Estável e sua necessária inscrição no Registro de Imóveis para proteção patrimonial e Segurança Jurídica Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari: União estável: Salvo disposição em sentido contrário, alienação de patrimônio comum depende da anuência do companheiro

TRI

Tribunal de Justiça de Sao Paulo	
INVENTÁRIO – Partilha – Exclusão de direito que deverá ser decidida na esfera própria	
Comentário por Patrícia Valeska Bigas Rodrigues: <i>Qualificação Registral de Títulos Judiciais – Formal de Partilha</i>	
Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari: Inventário e partilha: Estando ainda em trâmite ação de divórcio, não é possível a condição de "separado" ao herdeiro, sendo incorreta sua qualificação desta forma	655
REGISTRO DE IMÓVEIS – Doação pura em favor de menores impúberes – Admissibilidade	
Comentário por Ademar Fioranelli: Doação a menor impúbere, sua aceitação e a exigência de alvará judicial	
Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari: Registro de Imóveis: É dispensável a autorização judicial para o registro de escritura pública de doação pura com reserva de usufruto em favor de menores impúberes	673
PARTILHA – Imóvel – Bem objeto de alienação fiduciária em garantia	
Comentário por Sérgio Jacomino: Cessão fiduciária – averbação ou registro?	
Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari: Alienação fiduciária: Cessão fiduciária depende de anuência do credor fiduciário	683
REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de averbação de desmembramento	
Comentário por Amanda Gil: <i>O desmembramento e o registro especial do art. 18 da Lei 6.766/1979</i>	
Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari: Registro de Imóveis: o número de lotes por si só não é fator condicionante da recusa à averbação de desmembramento de imóvel	695
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	709

Doutrina Nacional



## A impossibilidade de subordinação dos serviços notarial e registral à legislação consumerista

## THE IMPOSSIBILITY OF SUBORDINATING NOTARY AND REGISTRY SERVICES TO THE CONSUMER ACT

## BRUNO MIGUEL COSTA FELISBERTO

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Especialista em Direito Notarial e Registo Predial pelo Centro de Estudos Notariais e Registais (CENOR) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pesquisador da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. brunofelisberto@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Consumidor

RESUMO: Diante da abordagem feita nas linhas deste ensaio, foi possível constatar que as atividades notarial e registral têm os inegáveis tracos constitucionais de essencialidade e fundamentalidade - características próprias aos serviços públicos -, sendo prestadas por particulares que recebem do Estado a delegação da atividade em razão da aprovação via concurso público. Tratam-se de serviços remunerados por meio de emolumentos, os quais, segundo o STF, se equiparam à qualidade de taxa. De tal sorte, dada a natureza da remuneração percebida pelos notários e registradores, classifica-se a atividade como servico público na modalidade "uti universi", não lhe sendo aplicável, portanto, a legislação consumerista. Todavia, inobstante a precisão do argumento inibidor da aplicação do CDC às atividades notariais e registral, há corrente - minoritária - que opina pela aplicação do aludido diploma, em busca de garantir a aplicação da responsabilidade objetiva aos notários e ABSTRACT: Given the approach developed in this essay, it was established that the notarial and registral activities have the undeniable constitutional traits of essentiality and fundamentality - characteristics of public services – as they are provided by individuals who receive from the State the delegation for this type of activity due to approval in public contest. These are services paid by emoluments, which, according to the Supreme Court, are equivalent to taxes. This way, given the nature of the remuneration received by notaries and registrars, it is possible to classify the activity as a "uti universi" public service, not being appliable, therefore, the consumerist legislation. However, regardless the accuracy of the Consumer Code application inhibitor argument to the notary and registral activities, there is a small group of authors which consider as viable the application of the aforementioned legislation, seeking to ensure the application of strict liability for notaries and registrars. It was possible to show that those who defend the applicability of

registradores. Foi possível mostrar que a corrente defensora da aplicabilidade do CDC às atividades notarial e registral deseja, na verdade, por via diversa, justificar a estes profissionais a responsabilização objetiva, num entendimento equivocado de que para submeter alquém a este tipo de responsabilização, teria de ser pela via do Direito do Consumidor. Ademais, dizer sobre traços também inerentes aos serviços públicos regidos pela legislação do consumidor - como eficiência e eficácia - não importa dizer que todo tipo de serviço público operará sob a égide do CDC. Com estes e outros mais argumentos foi possível atestar que as atividades notarial e de registro não se sujeitam às regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Importante conclusão sobre esta temática foi desmistificar que a toda sorte de serviço público se aplique o Código de Defesa do Consumidor, especialmente às atividades notarial e registral. Verificou-se que o estudo e aplicação responsáveis da legislação concernente à espécie tratam de não esvaziar, tampouco banalizar, institutos específicos, preservando assim o entendimento diferenciado sobre os mais diversos tipos de serviços públicos, mais especificamente para o presente trabalho, os serviços notariais e registrais.

PALAVRAS-CHAVE: Atividades notarial e registral – Delegação – Serviço público – Essencialidade e fundamentalidade – Responsabilidade civil – Código de Defesa do Consumidor.

the Consumer Code to notarial and registral activities want, in fact, by different means, justify to these professionals the strict liability, in a misunderstanding point of view that to submit someone to this type of liability it would have to be done by the terms of the Consumer Law. Moreover, to say about traits also inherent to public services governed by consumer legislation - as efficiently and effectively - no matter say that every kind of public service will operate under the auspices of the Consumer Law. With these and some other arguments it was possible to attest that the notarial and registral activities are not submitted to the rules of the Consumer Code. Important conclusion on this issue is to demystify that all sorts of public service are submitted to the Consumer Code, especially the notarial and registral activities. It was found that the study and application responsible for legislation concerning to the subject actually deal in order not to empty, either trivialize, specialized institutes, preserving the distinct understanding of the various types of public services, specifically for this study, notarial and registral services.

**K**EYWORDS: Notarial and registral activities – Delegation – Public service – Essentiality and fundamentality – Civil liability – Consumer Code.

Sumario: 1. Introdução. 2. O CDC e os direitos e garantias fundamentais – a estreita ligação do Código com a Constituição Federal e a fundamentalidade do direito ao serviço público. 3. Natureza e espécies de serviços. 4. A essencialidade do serviço público e a necessária garantia de eficácia e de eficiência em sua prestação por parte do Estado como forma de proteção e defesa do consumidor. 5. A não aplicabilidade do CDC às atividades notarial e registral. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A fundamentalidade do direito de proteção e defesa do consumidor não repousa apenas na conveniência de assim o ser conceitualmente por afirmação

e previsão expressa constitucional. Deve-se analisar bem mais, até mesmo para que se legitime e reafirme a intenção do legislador constituinte de dizer sobre o direito do consumidor como direito fundamental.

Neste conjunto, importante compreender e constatar a fundamentalidade também inerente do direito ao serviço público. Ou seja, o acesso à prestação dos serviços públicos reconhecido como um direito fundamental.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) é uma das mais importantes normas já criadas no país, porquanto veio a positivar direitos já há muito clamados pela sociedade, que buscava, ainda em outros diplomas, proteção e salvaguarda para seus direitos advindos das relações consumeristas.

Segundo Adalberto Pasqualotto:

A defesa do consumidor consagrou-se no Brasil, em um primeiro momento, como uma novidade trazida pela Constituição de 1988, pois do tema até então pouco se falava e só alguns especialistas nele eram versados. Em seguida, assumiu importante lugar no conceito de cidadania, incorporada à idéia de exercício pessoal que o cidadão poderia fazer seus direitos na esfera quotidiana de interesses imediatos. Contribuiu, assim, para transmitir à população a consciência de que a dignidade de cada um, compreendida pela exigibilidade de respeito aos direitos individuais, não é tema privativo de letrados nem pauta meramente acadêmica e distanciada em definitivo do homem comum. Muito ao contrário. Incentivou a defesa pessoal do consumidor junto ao fornecedor e provocou o acesso a órgãos públicos antes inexistentes e criados para dar guarida aos reclamos dos que, mesmo depois da irresignação pessoal, não se viram atendidos pelos fornecedores faltosos. Nessa medida, a defesa do consumidor também serviu para demonstrar a disponibilidade do aparelho estatal e, outra vez, a nova proximidade que era estabelecida entre o cidadão e o Estado.¹ (Grifos nossos)

O trecho acima apontado é de extrema relevância porquanto joga luzes sobre importantes vieses oriundos da relação do CDC com a Constituição Federal. Percebe-se, a partir de tal diálogo, que o diploma consumerista auspicia a proteção e a defesa do consumidor em patamares bem mais importantes e elevados do que se possa ordinariamente imaginar.

Esta proteção está inegavelmente ligada à dignidade da pessoa humana, ao exercício da garantia pessoal de cidadão, ao respeito aos direitos e garantias individuais, assim como a participação operante, eficaz e eficiente do Estado

<sup>1.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 66-67, out./dez. 2009.

na necessária defesa desses direitos, de sorte a fazer valer o alcance e a consecução disto tudo.

A partir daí fica mais clara não só a fundamentalidade do direito do consumidor (esta indiscutível, até mesmo por expressa previsão constitucional), mas também a presença deste caráter no direito ao serviço público.

A relevância desta constatação repousa no fato de que o acesso ao serviço público, entendido como direito fundamental, reclama por uma proteção diferenciada, uma salvaguarda especializada e uma ligação ainda mais forte e próxima com outros direitos e garantias de mesma grandeza.

Por outro lado, o que não se pode é deduzir que este alcance da cidadania, dignidade e demais direitos fundamentais por meio, também, do acesso aos serviços públicos se dará exclusivamente pelas rédeas do CDC, como que fosse este diploma a única via legítima de alcançar as garantias e prerrogativas de acesso a toda sorte de serviço público, indistintamente.

Deve-se, sob este prisma, enxergar o direito ao serviço público como um direito essencial à própria dignidade da pessoa humana. Neste sentido, leciona Adalberto Pasqualotto:

Portanto, o direito do consumidor não é secundário na ciência jurídica. Ao contrário, porquanto lida com o essencial da vida humana, conecta-se com os princípios da dignidade da pessoa e a garantia do mínimo existencial – mínimo existencial entendido como "conjunto de garantias materiais para uma vida condigna". Como relata Sarlet, reportando a evolução doutrinária e jurisprudencial germânica nessa matéria, "sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Transpondo a ideia de mínimo existencial para as relações de consumo, pode-se falar de um consumo básico como direito fundamental.<sup>3</sup> (Grifos nossos).

Deve-se, pois, entender o direito do consumidor à luz da própria essência axiológica do princípio comezinho da dignidade da pessoa humana, mormente serem ambos revestidos de fundamentalidade.

Contudo, mais específico e importante ao presente trabalho é constatar que esta fundamentalidade também é inegavelmente presente no direito à pres-

<sup>2.</sup> A parte citada *entre aspas*, no texto original, faz menção a um trecho do texto SAR-LET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 103, jan./mar. 2007.

<sup>3.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 69, out./dez. 2009.

tação de serviços públicos. Isto porque tal fundamentalidade repousa, entre outros aspectos, no próprio fato da essencialidade destes serviços públicos. E, como não é demais lembrar, nem todos os serviços públicos se submetem à regência normativa do código do consumidor.

Tendo isto em mente, deseja-se por meio deste trabalho verificar não só a proximidade com que dialogam os serviços públicos e o CDC, mas igualmente perceber que isto não importa em concluir que a todo tipo de serviço público se aplica a legislação consumerista.

A desatenção na leitura das legislações existentes, bem como do desvirtuamento de conceitos pode acabar por gerar equívocos sobre este assunto, acabando por querer colocar sob o mesmo pálio de tratamento todas as modalidades de serviços públicos.

São estas diferenciações e análises que importam a este trabalho, por meio do qual serão tiradas as conclusões a seguir.

## 2. O CDC e os direitos e garantias fundamentais – a estreita ligação do Código com a Constituição Federal e a fundamentalidade do direito ao serviço público

Dando sequência ao tópico introdutório, por meio do qual foi possível debater as primeiras ideias e impressões sobre direitos e garantias fundamentais, serviços públicos e CDC, passa-se agora a discutir sobre a sobre a fundamentalidade dos serviços públicos, importando mais a este trabalho os notariais e registrais.

Inicialmente, é importante lembrar que a dignidade da pessoa humana está afeita a um conjunto essencial de direitos primeiros, de fundamentalidade inconteste, tais quais o direito à segurança, à saúde, à vida, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.

Tal grupo de direitos, revestido de fundamentalidade, importa numa espécie de mínimo existencial, ou mínimo essencial, a cada um dos que formam a sociedade. Tendo em vista que a prestação de vários dos serviços públicos têm caráter eminentemente essencial, pode-se afirmar que o próprio acesso a esses serviços públicos constitui-se como o acesso ao mínimo existencial. Via de consequência, o direito à prestação de tais serviços públicos traduz-se no direito a garantia de uma vida condigna, na citação doutrinária há pouco mencionada.

Chega-se à importante constatação de que falar em direito à prestação de serviços públicos é falar em uma espécie de direito fundamental, porquanto

importa em falar no mínimo existencial, indispensável à manutenção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Para tal afirmação, contudo, é salutar ter em mente que tal fundamentalidade não repousará necessariamente em todos os serviços públicos, mas especialmente naqueles que forem revestidos de essencialidade, traço marcante dos serviços públicos que atendem a necessidades primeiras e inapeláveis de cada ser humano que integra a sociedade. Exemplos clássicos são os serviços de água, luz, esgoto, gás, transporte público, entre outros.

Apenas a título ilustrativo, imagine-se a hipótese de não prestação de um serviço público essencial; isto pode, indiscutivelmente, significar comprometimento de diversos direitos fundamentais, como saúde, segurança e, em último caso, até mesmo a própria vida.

O fornecimento de energia elétrica (ou mesmo da própria água), *e.g.*, serviço público revestido de inegável fundamentalidade (e essencialidade), encontra polêmico debate quando se discute acerca da possibilidade de sua interrupção diante do inadimplemento do consumidor. Isto porque o "corte" pode significar a privação do ser humano à manutenção de uma vida com um mínimo de segurança e saúde, comprometendo, em alguns casos, a própria vida. Esta questão, todavia, não será abordada amiúde, haja vista não dizer respeito essencialmente ao tema proposto para o presente trabalho, sendo suficiente a menção ilustrativa ora feita.

Não menos importante é perceber, ainda neste mesmo tocante, que a fundamentalidade afeita ao direito à prestação de serviços públicos traz consigo também uma ideia de coletividade, <sup>4</sup> na qual se alcança não só a perspectiva da preservação de direitos fundamentais de um indivíduo apenas, mas da própria sociedade como um todo, destinatária dos serviços públicos em questão.

Esta ideia da fundamentalidade concebida tanto no plano individual como no coletivo, acaba por perseguir e atingir objetivos adicionais e maiores, porquanto enxerga os direitos fundamentais sob um prisma macro, a fim de que,

<sup>4. &</sup>quot;O atendimento das necessidades humanas básicas, vale dizer, o consumo mínimo para uma existência digna, deve ser considerado em perspectiva ultraindividual, (...) O Código de Defesa do Consumidor reflete, no atinente ao consumo, a nota inerente à universalidade dos direitos fundamentais, cujo conteúdo deve responder aos interesses e às expectativas de todos" (Grifos nossos) (PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 70, out./dez. 2009).

por meio de tal fundamentalidade, se consolide uma base de igualdade jurídica<sup>5</sup> alastrada pela sociedade, a cada um dos que dela fazem parte.

Pois bem, a ideia de fundamentalidade, aqui tão amplamente discutida, notadamente mais ao que toca a prestação dos serviços públicos, importa em inafastável vinculação à Constituição Federal.

Isto porque a Constituição se "estendeu a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um 'mondo in frammenti', logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário", tal qual prescreveu Maria Celina Bodin de Moraes.<sup>6</sup>

Esta foi a consequência inevitável do novo sistema constitucionalista, que vislumbrou o ordenamento jurídico como um todo, sistematicamente, pondo a Carta Maior em seu centro, fazendo infiltrar pelos demais Diplomas (infraconstitucionais) todos os seus valores, princípios, preceitos, direitos e garantias fundamentais.

A Constituição tomou o centro do ordenamento a fim de afastar preterições de caráter essencialmente financeiro e econômico, fazendo com que bens maiores, contemplados pela Carta Magna, tal qual a dignidade da pessoa humana, a segurança, a saúde e a própria vida não fossem postos de lado ou malferidos por normatizações de cunho afastado dos princípios e direitos fundamentais.

O CDC, como bem já se inferiu, nasce do próprio âmago desta nova concepção de ordenamento, mormente tem sua criação anunciada pela própria Carta Maior e com ela guarda cara e aproximada relação. Por advir já sob este novo enfoque, o CDC nasce sob o pálio da observância a todos os preceitos mais comezinhos da Constituição, fazendo com que seus próprios ditames sejam inevitável reflexo de uma construção guiada pelos direitos e garantias fundamentais.

<sup>5.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 71, out./dez. 2009; Como explica Ferrajoli, ao corresponder aos interesses e à expectativa de todos, dado o seu caráter universal, os direitos fundamentais constituem a *base da igualdade jurídica* e os direitos patrimoniais a base da desigualdade. Por conseguinte, os direitos fundamentais são a dimensão substancial da democracia, que é prévia à dimensão política ou formal. (Grifos nossos) (FERRAJOLI, Luigi *apud* PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 71, out./dez. 2009).

<sup>6.</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Rio de Janeiro: Ed. RT, v. 17, n. 65, p. 24, jul./set. 1993.

Nas palavras de Adalberto Pasqualotto, os ensinamentos neste sentido:

A constitucionalização da defesa do consumidor é corolário da afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio que passa a condensar uma espécie de direito constitucional da pessoa, tal a importância que essa tutela adquiriu (...). A incorporação constitucional de relações jurídicas antes disciplinadas pelo direito civil determina uma alteração qualitativa do status dos direitos desses sujeitos (consumidores, crianças e adolescentes, idosos etc.). (...) Os direitos dos consumidores, segundo José Alcebíades de Oliveira Júnior, "não devem ser mais vistos preponderantemente como um problema social ou de política pública, mas de dignidade da pessoa humana".

A vinculação da proteção ao consumidor com a dignidade da pessoa humana, colocada esta, como está, no topo das normas constitucionais, assegura ao direito do consumidor a condição de direito materialmente constitucional. A fundamentalidade formal é facilmente verificável pelas disposições constitucionais já referidas (art. 5.°, XXXII e art. 170, V), normas que em si seriam diretamente aplicáveis – não fora a existência do CDC – e cuja reforma exige o procedimento agravado próprio às modificações do texto constitucional, sendo que a norma do art. 5.°, XXXII é insuscetível de supressão por se tratar de cláusula pétrea, impondo ao Estado uma proibição de retrocesso na proteção já outorgada ao consumidor.<sup>7</sup> (Grifos nossos)

### E arremata:

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição (art. 1.°., III), desdobra-se e expressa-se, no campo econômico, com o princípio geral da defesa do consumidor (art. 170, V), reiterando, como linha de atuação do Estado nessa matéria fronteiriça entre o direito público e o privado, o que também se explicita como direito fundamental (art. 5.°, XXXII), como direito do contribuinte (art. 150, § 5.°) e como direito do usuário de serviços públicos (art. 175, parágrafo único, II).8

Deve-se notar que o direito do consumidor, sua defesa e seus respectivos desdobramentos estão intrinsicamente ligados com a garantia de outros direitos fundamentais, como é o caso da dignidade da pessoa humana.

Necessário ressaltar, todavia, que o simples fato de a proteção e a defesa do consumidor estarem previstas como direito fundamental, não parece revestir

<sup>7.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 77, out./dez. 2009.

<sup>8.</sup> Idem, ibidem..

necessariamente de fundamentalidade, pelo menos *a priori*, todo e qualquer direito emanado do Diploma Consumerista. Tampouco o põe na condição de reger todas as modalidades de serviços públicos.

Cada um destes direitos deverá estar preenchido por uma carga axiológica que lhes dê contornos de direito fundamental. O direito aos serviços públicos, com o arcabouço próprio de fundamentalidade que lhe é peculiar – segundo a ideia aqui defendida –, trouxe consigo considerável carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal se fez importante em ordem de demonstrar que este direito aos serviços públicos, para que melhor seja compreendido e corretamente aplicado, deve ser preenchido.

Pois bem, resta inegável que há íntima ligação do CDC com a Constituição Federal, mormente porque nossa Carta Maior, conforme retro asseverado, já de forma antecipada sinalizara a criação de tal legislação, atendendo ao clamor da sociedade e criando os direitos do consumidor.<sup>9</sup>

Não bastante isto, foi possível também constatar que há fundamentalidade não só na defesa do consumidor, porquanto previsão já explícita e expressa no próprio texto constitucional, mas também no direito à prestação de serviços públicos; serviços estes, em várias de suas modalidades, tratados sob a égide do CDC.

Sobre o tema aqui em debate, há valiosa contribuição de Juarez Freitas quando afirma o seguinte:

De outra parte, bem a propósito, é de se observar, tanto na esfera pública como na esfera privada, a liberdade não pode mais ser aceita fora das exigências de respeito à Constituição e à defesa dos consumidores, inclusive de serviços públicos, eis que o consumidor passou a ser noção indissociável da própria cidadania. Seja nas relações entre indivíduos, seja nas relações destes para com o poder público, somente existe, por assim dizer, liberdade constitucionalmente vincu-

<sup>9.</sup> A defesa do consumidor chegou ao nosso país seguindo uma tendência internacional e deu-se por via da Constituição de 1988. Seus reflexos foram imediatos, produzindo um grande avanço na modernização do direito privado nacional, numa época de desatualização do Código Civil. O CDC, promulgado em obediência a mandamento do constituinte, preencheu uma lacuna no nosso direito positivo, permitindo maior base legal para decisões judiciais mais compatíveis com o estágio econômico e social do país ao final do século XX (PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 99, out./dez. 2009).

lada. Em Estados Democráticos, o Direito Público e o Direito Privado são visceralmente, e no cerne, instrumentos contra a arbitrariedade. <sup>10</sup> (Grifos nossos)

Note-se, mais uma vez, nas palavras de autorizada voz, que respeitar a defesa dos consumidores e seu direito à prestação de serviços públicos é respeitar a própria Constituição Federal, em seu caríssimo rol de direitos fundamentais.

Isto acaba por salvaguardar a defesa da própria cidadania e da dignidade da pessoa humana, por meio da garantia e preservação dos direitos fundamentais primeiros que formam o mínimo existencial necessário à formação de uma vida condigna a todos, devendo isto ser sempre meta presente e de manutenção constante por parte do Estado.

Despicienda a relevância do código do consumidor, deve-se sempre lembrar que não é seu caráter de fundamentalidade que vai autorizá-lo a reger toda e qualquer atividade prestada sob a égide dos serviços públicos. Esta justificativa não é plausível para desvirtuar o conteúdo e objeto de uma norma como o CDC para então aplicá-lo a toda sorte de serviços públicos, gerando verdadeiro caos normativo no ordenamento jurídico pátrio e, por que não dizer, fazendo morrer todo o resto da legislação própria que regulamenta cada matéria no âmbito dos serviços públicos.

A aplicabilidade (ou não) do CDC a determinado tipo de serviço ou atividade deve ser analisada *cum granu salis*, a fim de se evitar interpretações e aplicações normativas distorcidas. É o que se tratará de abordar neste trabalho, mais especificamente verificando o posicionamento de ambas as correntes, quais sejam: a) a que defende a aplicação indiscriminada do CDC a toda sorte de serviço público, defendendo, por via de conseqüência, que este diploma se aplica às atividades notarial e registral; ou, b) a corrente que defende justamente o contrário, aduzindo, segundo os argumentos expostos mais à frente, que o CDC não se coaduna como norma regente dos serviços notariais e de registro.

## 3. Natureza e espécies de serviços

Para fins didáticos, e com o fito de se chegar a uma conclusão sobre o tipo de entendimento cabível à tratativa do tema ora abordado, cabe aqui iniciar pelo conceito de serviço público, bem como sua vinculação e subordinação, em determinados casos, ao Código de Defesa do Consumidor, a fim de analisar,

<sup>10.</sup> FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, n. 23, p. 20, 2001.

ultimamente, se as atividades notariais estão, como modalidade de serviços públicos, inseridas no conjunto de relações vinculadas ao CDC.

Para tanto, é indispensável, já de início, entender o conceito de serviço, concebido pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*. (Grifos nossos)

 $(\ldots)$ 

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Grifos nossos).

Pelo texto do dispositivo legal colacionado pode-se ter a ideia da amplitude esboçada pelo Código, haja vista que trata de qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Grifos nossos)

Já da leitura deste primeiro artigo, pode-se extrair um dos argumentos utilizados pela corrente que defende a não aplicação do CDC às atividades notarial e de registro, tendo em vista que, por óbvio, não se inserem como atividade fornecida no "mercado de consumo".

Todavia, em obediência à questão didática retroproposta, seguir-se-á a uma análise bem mais completa e atida que, finalmente, acabará por comprovar o equívoco interpretativo de quem opina ser o CDC regedor das relações de prestação das atividades notarial e registral.

O artigo, de redação aparentemente simples, acabou por gerar discussões, especialmente na doutrina, sobre a abrangência da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que tange às relações decorrentes da prestação de serviços públicos.

Na interpretação de alguns, os serviços públicos (aqui inseridas as atividades notarial e de registro), sem exceção, estariam incluídos nesta categoria, ilustrando, assim, uma relação de consumo em cenários onde somente se deveriam conceber os papéis de Administração Pública e do administrado. Para esta corrente de pensamento, os serviços prestados por notários e registradores são remunerados, submetendo-se, por isso, em tese, ao CDC.

Importa compreender que existem diversas modalidades de serviços públicos. A rigor do que apregoa, o próprio art. 22 do Código de Proteção e

Defesa do Consumidor (juntamente com a própria Lei Geral de Concessões 8.987/1995), podemos identificar estas modalidades, a citar: concessões, permissões, bem como outras formas, tais quais autorizações, delegações.<sup>11</sup>

Mas antes, não se deve olvidar, até mesmo por ordem lógica, de trazer à colação o conceito de serviço público. Segundo Hely Lopes Meirelles "(...) serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado". 12

Em adição, Ruy Cirne Lima infere que serviço público:

(...) é todo serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado. Realiza serviço público o bem do indivíduo e o bem do agregado, mas consiste a sua feição distintiva em que se mostra necessário concomitantemente à existência da sociedade.<sup>13</sup>

Extrai-se, na verdade, destes e outros análogos conceitos, que a ideia de serviço público está intimamente ligada à de essencialidade e relevância, sendo estes fatores identificáveis fundamentalmente a partir de uma realidade histórica e social.

Ainda neste tocante, vale a menção de que existe um chamado "núcleo pacífico de serviços públicos", nas palavras de Odete Medauar.<sup>14</sup> Tratam-se daqueles serviços públicos assim considerados pela própria Constituição Federal, como é o caso dos serviços de água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio.

Também neste tocante asseverou Adalberto Pasqualotto ao inferir o seguinte:

A CF divide as competências administrativas entre a União, os Estados e os Municípios, entregando, a cada uma das esferas de Administração ou concorrentemente a duas ou a todas, as tarefas da gestão pública, inclusive os serviços públicos. Embora este aspecto da repartição de competências não seja relevante para efeitos da defesa do consumidor, é por esse meio que se pode saber

<sup>11.</sup> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

<sup>12.</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297.

<sup>13.</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 69-70.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2008.

quais são os serviços públicos ou de utilidade pública a serem prestados à população. 15 (Grifos nossos)

O que será de sobrelevada importância para este estudo é entender que em algumas destas modalidades, sob determinadas condições e situações, haverá, sim, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; já em outras, como será abordado mais à frente, em específico interesse às atividades notarial e de registro, tal aplicação normativa não haverá de ocorrer.

Nesta esteira de raciocínio, vale ressaltar que há um certo consenso em distinguirem-se os serviços públicos em próprios e impróprios; ou *uti universi* e *uti singuli*. Tal diferenciação, atrelada a outros critérios de identificação, servirá para verificar a própria aplicação do CDC à prestação de serviços públicos. Vejamos os conceitos:

- a) Serviços "uti singuli" (preestabelecidos a destinatários individuais): são também chamados de impróprios e individuais (e.g. telefone, água, energia). São prestados por delegados do Estado, mediante remuneração (tarifas ou preços públicos). Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, 16 são os serviços públicos "que preordenam-se a destinatários individuais, cujos usuários são determináveis, os quais permitem a aferição do quantum utilizado por cada consumidor".
- b) Serviços "*uti universi*" (impossibilidade de identificação dos destinatários): São também chamados próprios e gerais (*e.g.* saúde, segurança, educação). Ainda com a oportuna classificação de Sérgio Cavalieri Filho, pode-se dizer que são estes os serviços "prestados pelo Poder Público a grupos indeterminados, sem possibilidade de identificação dos destinatários. Esses serviços são financiados pelos impostos, como são os serviços de segurança pública, os de saúde e outros".<sup>17</sup>

De tal feita, os serviços são prestados de forma direta quando o são pelo próprio Estado. Ao invés, esta prestação se dará de forma indireta quando forem executados por pessoas ou entidades diversas daquelas previstas como pessoas federativas.

<sup>15.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 53, p. 182-200, nov. 1991.

<sup>16.</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

<sup>17.</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Fato, portanto, que o modelo estatal de prestação de serviços públicos é calcado na parceria com o setor privado, dada a reconhecida impossibilidade do Estado de prestar, isolada e concentradamente, absolutamente todo e qualquer tipo de serviço público.

Segundo Alexandre Santos de Aragão "a aplicação do Direito dos Consumidores aos serviços públicos é uma decorrência fundamental do movimento de liberalização econômica da década de oitenta e seguintes". <sup>18</sup>

Esta liberalização econômica, atrelada ao movimento de constitucionalização do direito em geral, premeu pela necessidade de estabelecer um diálogo e uma aproximação cada vez maiores entre público e privado, afastando a já tão antiga rigidez dicotômica entre os dois campos do Direito.

## Segundo Juarez Freitas:

(...) o Direito Privado e o Direito Público, nada obstante persistirem importantes e irrenunciáveis diferenças científicas, encontram os seus fundamentos mais profundos no bojo da mesma Constituição, sucedendo tal fenômeno, a rigor, implícita ou explicitamente, em relação a todo ramo jurídico, de maneira a parecer correto asseverar que, de algum modo, qualquer seara deve ser vista como campo de incidência e de densificação das regras e dos princípios constitucionais. Assim, todo e qualquer ramo do Direito é, de algum modo, campo de incidência do Direito Constitucional. (Grifos nossos)

Esse diálogo de fontes acabou por fazer com que o direito do consumidor, emanado do seio fundamental da própria Constituição Federal, tivesse seu viés focado não somente na proteção e defesa dos consumidores perante os particulares, mas identificava, igualmente, mecanismos de proteção para com alguns dos serviços prestados por ele próprio (Estado) ou seus delegados, operando uma aplicação sistemática do direito consumerista perante as duas frentes: pública e privada.

Punha-se ele, Estado, como o próprio integrante da iniciativa privada, que deve preocupar-se em tempo integral com a satisfação daqueles que se utilizam de seus serviços, atingindo, assim, um nível mais elevado de eficiência na prestação.

<sup>18.</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf]. Acesso em: 19.10.2011.

<sup>19.</sup> FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, n. 23, p. 9, 2001.

Ao contrário do que se possa pensar, este modelo não é negativo, conquanto não se distancie de um esquema regulatório e fiscalizatório desenvolvido e exercido pelo próprio Estado. Parece, todavia, oportuna a discussão de melhorias no modelo normativo, buscando constante e incessantemente aprimoramento para os sistemas de fiscalização, fruição e consecução de serviços e até mesmo resolução de problemas e mediação de conflitos.

Pois bem, a propósito da conceituação retroaludida, parte da doutrina<sup>20</sup> defende que o CDC<sup>21</sup> só é aplicável nos casos de serviços públicos impróprios, nos quais há a prestação do serviço mediante remuneração e sua utilização seria, consequentemente, "facultativa". Tarifas e preços públicos seriam estas formas de remuneração, sendo, portanto, tais modalidades fatores importantes para identificação e distinção do tipo de serviço público que se está prestando.

Para esta corrente, dentre os inúmeros e bem elaborados comentários acerca do tema, pode-se citar, a título ilustrativo e representativo da opinião uníssona desta corrente, o de Marçal Justen Filho:

Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do CDC no âmbito dos serviços públicos.<sup>22</sup>

Por outra banda, há corrente divergente,<sup>23</sup> a qual defende o pensamento de que o CDC é aplicável, indistintamente, a todos os serviços públicos, remunerados por tributos ou tarifas. Vale, contudo, chamar atenção para o fato de que, nesta corrente, há o entendimento que todo serviço público, de alguma forma, é remunerado.

Defendendo este posicionamento, podem-se citar as palavras de Herman Benjamin:

<sup>20.</sup> Fazem parte desta doutrina Sérgio Cavalieri Filho, Cláudio Banolo, Paulo Valério Del Pai Moraes, Adalberto Pasqualotto, Marçal Justen Filho.

<sup>21.</sup> Utilizar-se-á, em alguns momentos, a expressão "CDC" para nomear o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

<sup>22.</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 560.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Nancy Andrighi, José Geraldo Brito Filomeno.

"Não é mérito o art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do Estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero fornecedor (art. 3.º, *caput*). Na falta do art. 22, o Estado seria responsável pelos serviços que prestasse, só que por força do art. 20. Portanto, a *ratio* principal da prescrição comentada é tão-só apartar o Estado do tratamento jurídico padrão fixado para outros serviços de consumo".<sup>24</sup>

Ora, a discussão e divergência são inerentes à ciência jurídica; contudo, percebe-se que já há muito é insustentável a ideia de que o CDC poderia ser aplicado, indiscriminadamente, a toda sorte de relação de prestação de serviço público.

Imagine-se, a mero título argumentativo, se fosse admissível pensar que todos os serviços públicos são remunerados – considerando assim todo e qualquer tributo como "remuneração" –, então todas as relações advindas da prestação de serviços públicos seriam reguladas pelo CDC. A regra, via de consequência, seria a utilização do CDC para regulação das relações onde haja prestação de serviços públicos, sendo exceção quase inimaginável a não utilização de tal diploma, o que, por si só, já se mostra como idéia completamente insustentável.

É o que se discutirá especificamente em tópico ulterior específico, onde se extrairá a conclusão por aplicação de uma das teses existentes sobre aplicação (ou não) do CDC às atividades notariais e de registro.

4. A ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E A NECESSÁRIA GARANTIA DE EFICÁCIA E DE EFICIÊNCIA EM SUA PRESTAÇÃO POR PARTE DO ESTADO COMO FORMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

A essencialidade é a regra do serviço público. Isto porque, *a priori*, "todos os serviços públicos, pela simples razão de possuírem titularidade estatal e se destinarem a realização de interesse público, devem ser encarados como essenciais".<sup>25</sup>

Conforme explica Adalberto Pasqualotto:

(...) o Código de Defesa do Consumidor se presta a tutelar a qualidade de bens e "serviços essenciais à vida digna e saudável", tais como alimentos,

<sup>24.</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110-111.

<sup>25.</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de. A Suspensão do Fornecimento de Serviço Público Essencial por Inadimplemento do Consumidor-Usuário. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, n. 62, ano 16, p. 88, abr./jun. 2007.

medicamentos, serviços de assistência à saúde em geral, vestuário, habitação, educação, crédito, seguros, previdência etc.<sup>26</sup> (Grifos nossos)

Importante notar, a propósito da análise do trecho doutrinário colacionado, que o CDC visa, com essa prestação de serviços essenciais à vida digna e saudável, promover uma espécie de compensação das desigualdades existentes no mercado, sendo instrumento de garantia do mínimo existencial, uma vez que, conforme registra Ingo Wolfgang Sarlet, as relações entre particulares (no caso, entre fornecedores e consumidores) não são apenas horizontais, mas também verticais, em vista da disparidade de poder social de que são detentores.<sup>27</sup>

O caráter de essencialidade, portanto, ao que se denota das respeitáveis conclusões doutrinárias aqui levadas em consideração, está íntima e fortemente ligado à ideia de serviços que visam a garantir a satisfação das necessidades primeiras e bastantes a caracterizar o chamado mínimo existencial.

Ao focar nesta ideia de garantia legítima de mantença do mínimo existencial a todos, a essencialidade da prestação de serviços públicos acaba por se manifestar como inegável promotora de uma justiça distributiva;<sup>28</sup> ideia tão grassada em importantes trabalhos de John Rawls,<sup>29</sup> Amartya Sen,<sup>30</sup> entre outros.

Seguindo esta mesma esteira de raciocínio, é preciso ter em mente que *essencial* é tudo aquilo que é imprescindível, indispensável. Transportando o conceito etimológico para o enquadramento jurídico do tema em debate, tem-se que os serviços públicos seriam essenciais porque sem sua prestação nossos direitos e garantias mais caros e comezinhos estariam séria e inevitavelmente comprometidos. É como se a prestação de tais serviços fosse condição *sine qua non* para nossa existência digna, assim entendida sob o aspecto constitucional do termo.

<sup>26.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 70, out./dez. 2009.

<sup>27.</sup> Idem, ibidem...

<sup>28.</sup> FLEISCHACKER, Samuel; RAWLS, John; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto apud PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 72-73, out./dez. 2009.

RAWLS, John. Justiça como Eqüidade: Uma Reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>30.</sup> SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Porém, já mesmo das primeiras linhas conceituais sobre o tema surge a inevitável indagação: se todo serviço público é essencial, por que a norma estipulou que somente nos *essenciais* eles devem ser *contínuos*?

De acordo com uma diferenciação, feita doutrinariamente, existem duas "espécies" dentro do gênero "serviços públicos", dois subgrupos que seriam capazes de trazer uma melhor compreensão para a aplicação do CDC em relação aos serviços públicos.

Segundo opinião doutrinária, acompanhada igualmente pela jurisprudência, a definição do que é essencial/urgente está grafado na Lei de Greve (7.783/1989), mais precisamente em seu art. 10. Neste sentido, discorre Fernando Costa de Azevedo:

"(...) a análise do sistema jurídico brasileiro demonstra que a essencialidade do serviço é qualidade conferida menos pela natureza da atividade do que por determinação legal. Assim sendo, o professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes adverte que a essencialidade do serviço público deve corresponder, antes de mais nada, a uma situação de *urgência* que o serviço traz, isto é, a uma necessidade concreta de sua prestação. Essa relação entre a essencialidade e a urgência na prestação do serviço encontra-se estampada na Lei 7.783, de 28.06.1989 (a chamada Lei de Greve) que, em seu art. 10 estabeleceu as atividades essenciais cuja prestação não pode sofrer interrupção total por força do exercício do direito de greve no setor privado." (Grifos do autor)

E arremata afirmando o seguinte:

"Vale dizer então que existem serviços públicos essenciais e serviços públicos não-essenciais, sendo que em qualquer caso, conforme se verá adiante, a prestação dos serviços deve ser adequada, eficiente e segura, mas em relação aos serviços essenciais, deve ser ainda contínua." (Grifos do autor)

Antes de passar aos comentários sobre a Lei de Greve propriamente dita, merece nota a parte final do texto colacionado, onde o autor classificou os serviços públicos como essenciais e não essenciais, informando ter-se pautado nas lições de Rizzatto Nunes<sup>33</sup> para assim fazê-lo.

<sup>31.</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação*: A Participação dos Consumidores Brasileiros no Controle da Prestação de Serviços Públicos. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 88.

<sup>32.</sup> Idem. ibidem.

<sup>33.</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

Permissa venia, a opinião esposada no presente trabalho diverge da transcrita no mencionado trecho final, pois não parece ser possível distinguir como essenciais e não essenciais os serviços públicos, mas sim como essenciais (com maior grau de urgência) e menos essenciais ou essenciais com menor caráter de urgência.

Isto porque a classificação como *não essenciais* parece até mesmo afastá-los da conceituação que reveste a própria essência dos serviços públicos em geral. Inclusive porque, a depender da situação fática para que se destine a prestação de um serviço público, ela pode, no caso concreto, caracterizar-se como extremamente urgente ao invés de "não essencial".

A essencialidade, ao que parece constar, por vezes dirá sobre sua maior ou menor intensidade, maior ou menor urgência, no caso concreto.

Adalberto Pasqualotto, que foi pioneiro ao tratar do tema, em artigo nominado "O serviços públicos no código de defesa do consumidor", <sup>34</sup> discorreu, já naquela época, com maior propriedade e sobriedade sobre o tema:

Os serviços públicos propriamente ditos, tal como entendidos pela doutrina, são essenciais por definição, por isso que prestados diretamente pelo Estado e indelegáveis. Mas não são serviços de consumo, porque não são prestados mediante remuneração. Dentre os chamados serviços públicos impróprios é que se irá buscar o conceito de essencialidade que interessa ao Código do Consumidor.

A Constituição traz uma primeira indicação quando trata do direito de greve. Ao assegurá-lo (art. 9.º, *caput*), a Carta determina que lei complementar defina quais são os serviços essenciais, dispondo sobre o atendimento das *necessidades inadiáveis da população*.

Esse diploma regulamentador foi editado através da Lei 7.783, de 28.06.89, que dispôs sobre o exercício do direito de greve (...)

O art. 10 da mencionada Lei n. 7.783 assim reza: (...)

Para se saber quais são os serviços públicos que devem atender o requisito da continuidade, para o efeito de aplicação do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, serão averiguadas, dentre essas atividades, aquelas que são prestadas por órgãos públicos ou equivalentes.

(...)

<sup>34.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 53, p. 184, nov. 1991.

A par dessa importação de critérios, é curial que o CDC tenha a sua própria semântica de serviços públicos essenciais. Tratando-se de uma lei que protege as relações de consumo, ontologicamente explicada pela contextualização social em que se insere, é natural que sejam essenciais todos os serviços considerados indispensáveis em uma sociedade de consumo.

Como conceito indeterminado que é, o caráter essencial de um serviço público no âmbito das relações específicas de consumo, afora o que seja importado de outras searas jurídicas, especialmente do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, será dado pela interpretação do caso concreto, até que se firme uma jurisprudência segura, a qual, no entanto, será mutável conforme a dinâmica da sociedade de consumo.<sup>35</sup> (Grifos nossos)

A partir do enquadramento do serviço como sendo urgente, porquanto essencial, é que deve obrigatoriamente obedecer ao mandamento da continuidade, não podendo, assim, ser interrompido.

Apoia-se aqui em importante ensaio de Adalberto Pasqualotto para sustentar esta tese, haja vista que o citado autor afirma que "os serviços impróprios não têm a mesma nota de essencialidade dos próprios".<sup>36</sup>

Ora, das palavras do referido autor depreende-se que o que ocorre com os serviços impróprios é que eles têm um grau de urgência de *menor intensidade* do que têm os serviços próprios. Não se deve confundir com a ausência de urgência ou essencialidade, como deu a entender a conceituação apregoada por Fernando Costa de Azevedo e Rizzatto Nunes.<sup>37</sup>

Pois bem, os serviços tratados na Lei de Greve são considerados essenciais em virtude de característica e inegável indispensabilidade, imprescindibilidade; os serviços são essenciais (e contínuos) por que não podem ser interrompidos, sem que haja, necessariamente, um enorme prejuízo a quem deles se utiliza

De tal forma, pode-se identificar que a essencialidade destes serviços está afeita a princípios constitucionais, amplamente divulgados e conhecidos, tais quais a dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III); garantia à segurança e à vida

<sup>35.</sup> Idem, ibidem.

<sup>36.</sup> Idem, ibidem.

<sup>37.</sup> No trecho da obra do Professor Rizzatto Nunes, mencionado por Fernando Costa de Azevedo, tem-se o seguinte: "Existem determinados serviços, entre os quais apontamos aqueles de ordem burocrática, que, de per si, não se revestem de essencialidade" (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104).

(art. 5.°, "caput"), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, "caput") e da qual decorre o direito necessário à saúde (art. 6.°, "caput").

Neste sentido, têm-se os valiosos ensinamentos de Pasqualotto:

"Na Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, o consumo adquire a perspectiva de essencialidade e de mínimo existencial, caracterizando o conjunto de bens indispensáveis ao provimento das necessidades básicas do indivíduo e da família. A Declaração reconhece a todo ser humano o direito à segurança social (art. XXII),<sup>38</sup> a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, e à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana (art. XXIII, 3)<sup>39</sup> e, finalmente, a um padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (art. XXV, 1).<sup>40</sup>

(...)

Portanto, o direito do consumidor não é secundário na ciência jurídica. Ao contrário, porquanto lida com o essencial da vida humana, conecta-se com os princípios da dignidade da pessoa e a garantia do mínimo existencial entendido como 'conjunto de garantias materiais para uma vida condigna'. Como relata Ingo Sarlet, reportando a evolução doutrinária e jurisprudencial germânica nessa matéria, 'sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada'." (Grifos nossos).

<sup>38.</sup> Art. XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

<sup>39.</sup> Art. XXXIII (...) 3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

<sup>40.</sup> Art. XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

<sup>41.</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 103, jan./mar. 2007.

<sup>42.</sup> Idem, p. 100.

<sup>43.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 68-69, out./dez. 2009.

Mais uma vez, elucida-se a íntima ligação do CDC com a Carta Magna, mormente atua como meio de proteção e defesa do consumidor e como meio de proteger o consumidor assegurando-lhe o direito fundamental à prestação dos serviços públicos, identificando, obviamente, para tanto, quais destes serviços efetivamente estarão sob a égide e tratamento do diploma consumerista.

Tal proteção e inegável salvaguarda de direito fundamental opera de forma a garantir, como já fartamente apregoado, a satisfação e manutenção de um mínimo existencial necessário a uma vida condigna, com a presença inafastável de um grupo de direitos fundamentais afeitos a estas necessidades primeiras.

Enfim, é inconteste que o CDC tem íntima ligação com a Constituição Federal, mormente a Carta Maior, já de forma antecipada, sinalizara a criação de tal legislação, atendendo ao clamor da sociedade e criando os direitos do consumidor.

Neste sentido, Pasqualotto infere:

"A defesa do consumidor chegou ao nosso país seguindo uma tendência internacional e deu-se por via da Constituição de 1988. Seus reflexos foram imediatos, produzindo um grande avanço na modernização do direito privado nacional, numa época de desatualização do Código Civil. O CDC, promulgado em obediência a mandamento do constituinte, preencheu uma lacuna no nosso direito positivo, permitindo maior base legal para decisões judiciais mais compatíveis com o estágio econômico e social do país ao final do século XX". 44

Feitas estas considerações, deve-se lembrar que os serviços públicos notariais e registrais não estão elencados no art. 10 da Lei de Greves. Todavia, não se pode tomar apenas este critério por base para o descarte da aplicação do diploma consumerista às atividades notarial e de registro. Isto porque a Lei de Greve arrola os serviços públicos mais urgentes na sua essencialidade, mas não esgota a categoria destes serviços.

Esta lei funciona tão somente numa aplicação analógica nas relações de consumo, no sentido de preencher uma lacuna, ou seja, esclarecer em que serviços pode ser exigida a continuidade. Em outros, a interrupção poderá ser admitida, não se aplicando a Lei de Greve, mas nem por isso deixarão de ser exigíveis a adequação, a eficiência e a segurança, podendo-se afirmar, desde já, que destes princípios as atividades notariais e de registro não podem se distanciar. Resta, contudo, em tópico específico mais à frente, analisar se tais

<sup>44.</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 99, out./dez. 2009.

vinculações são suficientes a submeter as atividades notariais e registrais às regras contidas no CDC.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 22, infere que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Analisando cada uma das exigências feitas pelo Diploma legal em comento, quanto aos serviços públicos, tem-se o seguinte:

a) Eficiência: decorre do princípio constitucional constante do art. 37, *caput*, da Constituição Federal:<sup>45</sup> "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*<sup>46</sup> e, também, ao seguinte". (Grifo nosso)

Segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes, "a eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com *presteza*, *perfeição e rendimento funcional*". <sup>47</sup> (Grifos nossos)

Não destoando da opinião de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, opina o Mestre Hely Lopes Meirelles:

"É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros." (Grifos nossos)

<sup>45.</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília/ DF, Senado, 1988.

<sup>46.</sup> Quanto à *eficiência*, registre-se que esta não se mostra filosoficamente incompatível com o Direito Público e com os seus princípios (bem a contrário), mesmo porque a eficiência é também um dos princípios superiores de Direito Administrativo (CF, art. 37) a nortear as relações de administração. Não se ignora que o Estado, não raro, tenha adotado jeitos paquidérmicos, morosos e descumpridores dos seus deveres de prestar serviços públicos adequados, nos simples termos indeterminados mas didáticos do art. 6.º da Lei 8.987/1995 (FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, n. 23, p. 9-43, 2001). (Grifos nossos)

<sup>47.</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*: Com Exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

<sup>48.</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Na mais clara acepção do termo em discussão, é eficiente aquilo que funciona. Ou seja, o serviço público deve ser prestado de maneira funcional, de sorte a atender as necessidades da população que dele usufrui, sempre atentando para a positividade dos resultados advindos da prestação desse serviço.

O princípio da eficiência decorre da própria finalidade essencial da Administração Pública. Tal observância ao princípio em questão muito se deve ao valioso reforço trazido pela Emenda Constitucional 19/98.

Ora, segundo explica Waldir Alves, em artigo publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, "o serviço público presta atendimento a uma demanda social, em regra coletiva, razão pela qual é imprescindível que sua prestação satisfaça as necessidades e expectativas de seus usuários e consumidores".<sup>49</sup>

Em complemento, Bruno Miragem, ao citar Odete Medauar, <sup>50</sup> afirma que a eficiência "pode ser interpretada como o dever de escolher o meio menos custoso para realização de um fim, ou mesmo o dever de promover o fim de modo satisfatório". <sup>51</sup> (Grifos do autor).

Ainda que as atividades notarial e de registro não devam se afastar do conceito de eficiência, porquanto antes de ser uma exigência prevista pela lei consumerista é um princípio vinculado aos atos da administração pública como um todo, deve-se chamar atenção para o fato de que não há como vincular tais atividades ao CDC, segundo defende a corrente majoritária, melhor comentada no tópico seguinte, visto que o próprio art. 22 do diploma consumerista menciona que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Conforme já abordado em capítulo específico, as atividades notarial e de registro são conferidas pelo Estado a particulares sob o regime de delegação, em nada se confundindo com o regime de concessão ou permissão, de tal forma que, tendo cada um dos regimes legislação própria, não é possível querer, a qualquer custo, igualá-los por meio de uma verdadeira acrobacia hermenêutica.

<sup>49.</sup> ALVES, Waldir. O Dever de Atendimento Pessoal ao Consumidor pelo Prestador de Serviço Público. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 219-220, 2005.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 242.

<sup>51.</sup> MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 68-100, jul./ set. 2004.

Importante notar, todavia, que a divisão conceitual se opera mais por uma justificativa didática de compreensão dos princípios, haja vista que estes estarão intimamente conectados, de maneira que um dependerá do outro para a boa e satisfatória prestação dos serviços públicos. Não há como dissociar um desses princípios dos demais, sob pena de mal prestar, ou prestar precariamente o serviço público em questão. Têm eles conceitos próprios, mas sua significação existencial deve ser necessariamente vista por meio do todo indissociável de sua união.

Apenas para ilustrar um de tantos possíveis exemplos, imagine-se o serviço de fornecimento de água prestado com ineficiência. Inevitavelmente estará comprometendo sua própria continuidade e, a depender da gravidade desta ineficiência, a própria saúde dos destinatários, vindo a prejudicar, via de consequência, sua segurança.

Sobre os serviços adequados,<sup>52</sup> inclusive com previsão constitucional (Constituição Federal, art. 175, parágrafo único, IV),<sup>53</sup> pode-se dizer que o serviço público só é eficiente se for adequado. Por seu turno, o serviço é adequado quando é apropriado/acertado ao que se destina. Todavia, há, ainda que se levar em consideração os demais fatores referentes à qualidade exigida pelo CDC, a citar: segurança e continuidade.

<sup>52.</sup> Ora, o conceito de serviço adequado, ainda que genérico e indeterminado, é justamente aquele mencionado no art. 6.º da Lei 8.987/1995, mas requer, para a sua determinação, o papel ativo do consumidor, não apenas atuando de maneira coadjuvante, mas tendo acesso a todos os dados concernentes à execução do serviço. Não por acaso, ao arrolar os direitos dos usuários, o mesmo Estatuto fez menção à incidência complementar do CDC (art. 7.º), naturalmente em relação aos serviços uti singuli. Falta, todavia, a não menos urgente disciplina do referido acesso e a criação dos instrumentos objetivos de participação do processo fiscalizatório, hoje verdadeiramente pífia e que precisamos tentar criar. De sua vez, o subprincípio da continuidade faz com que não possa o delegatário cessar as atividades, salvo em circunstâncias excepcionais, previstas na Lei 8.987/1995, art. 6.°, § 3.°. Pois bem: qualquer exoneração contratual do prestador de serviços públicos, relativa à garantia de adequação, há de ser rigorosamente vedada, seja por força direta e imediata dos princípios superiores, seja para não recuar até mesmo em face da regra estrita constante no CDC, art. 24, perfeitamente aplicável à espécie, seja enfim - é o que se espera - pelo acréscimo de garantias a ser promovido pela nova lei de proteção dos usuários de serviços públicos (FREITAS, Juarez. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 24, n. 23, p. 9-43, 2001). (Grifos nossos)

<sup>53.</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/ DF, Senado, 1988.

Observa-se, assim, que a prestação dos serviços públicos obedece a um grupo de exigências — indiscutivelmente pertinentes — que visam proporcionar o máximo de qualidade nessa prestação. Isto é deveras importante para que o prestador de serviço, seja ele da Administração Pública direta ou indireta, não se olvide de tais ditames e tenha por preocupação comezinha a busca e mantença da qualidade desses serviços, ficando atrelado aos conceitos de eficiência, adequação e segurança, sejam estes serviços públicos regidos pelo CDC ou por qualquer outra legislação específica.

Relembre-se, pois, que a essencialidade é a regra do serviço público. Todavia, se todo serviço público é essencial, por que a norma estipulou que somente nos *essenciais* eles devem ser *contínuos*?

Partindo da premissa de que o Legislador teve um objetivo ao fazer tal deferência ao conceito de essencialidade nos serviços públicos, deve-se analisar a questão sob dois aspectos: caráter não essencial de alguns serviços x aspecto de urgência.

Conforme já inferido no tópico anterior, de acordo com uma diferenciação feita pela doutrina, dentro do gênero "serviços públicos" existem duas "espécies", dois subgrupos que seriam capazes de trazer uma melhor compreensão para a aplicação do CDC em relação aos serviços públicos.

Segundo opinião doutrinária já mencionada anteriormente, acompanhada igualmente pela jurisprudência, a definição do que é Essencial/Urgente está grafado na Lei de Greve (7.783/1989), mais precisamente em seu art. 10; rol onde não estão previstas as atividades notarial e registral, valendo, contudo, lembrar que este não é este necessariamente o ponto que irá excluir a sujeição destas atividades ao CDC.

Os serviços ali tratados são considerados essenciais em virtude de característica e inegável indispensabilidade; os serviços são essenciais (e contínuos) por que não podem ser interrompidos, sem que haja, necessariamente, um enorme prejuízo a quem deles se utiliza.

A justificativa para a essencialidade destes serviços está afeita a princípios constitucionais, amplamente divulgados e conhecidos, tais quais a dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III); garantia à segurança e à vida (art. 5.°, *caput*), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput*, 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput*, art. 6.°).

Pois bem, conforme dito, eficiência, adequação, segurança e continuidade são características e diretrizes dos serviços públicos que devem ser compreendidas não só isoladamente, mas principalmente de forma conjunta e sistêmica.

O serviço público deve ser prestado com a máxima eficiência possível e para que seja também eficaz, ou seja, para que de fato funcione bem e a contento, jamais deve se afastar de suas demais prerrogativas (adequação, segurança e continuidade, sendo esta última em relação aos essenciais).

Analisando, pois, a essencialidade dos serviços públicos, é possível anotar que a Lei de Greve dá um norte inicial acerca de quais serviços públicos se classificam como essenciais. Cumpre relembrar, todavia, que tal essencialidade dependerá muitíssimo, também, da análise do caso concreto.

Constatada a essencialidade do serviço público, deve-se sempre estar atento ao fato de dever ser a prestação dele exercida de maneira eficiente, adequada, segura e contínua.

Este conjunto essencial de diretrizes principiológicas de conduta da prestação desse tipo de serviço é bastante coerente e lógica. Isto porque, como já repisado, a prestação de serviços públicos tem traço de fundamentalidade no direito através do qual se lhe tem acesso.

Justamente essa fundamentalidade está intimamente ligada à preservação e garantia de outros direitos fundamentais de primeira grandeza, bastantes a assegurar que seja igualmente inviolada a dignidade humana das pessoas através de um mínimo existencial formador de uma vida condigna.

É destes princípios que não se devem distanciar os notários e registradores, porquanto prestadores de serviços públicos. A bem da verdade, ainda que não se submetam todos os tipos de serviços públicos ao regimento da legislação consumerista, não é demais admitir que todos eles se pautem em princípios por ela contemplados como, *e.g.*, adequação, eficiência, segurança e, quanto aos essenciais, continuidade. Especialmente porque antes de serem princípios esboçados no código do consumidor, são princípios já há muito contemplados e previstos pelo próprio direito administrativo.

Tal deve ser a preocupação do Estado em operar de sorte a garantir que essa prestação de serviços públicos, por ele próprio ou por meio de seus delegatários, concessionários, permissionários, seja sempre eficaz, atendendo de forma inapelável, pelas vias da eficiência, adequação, segurança e continuidade as necessidades mais essenciais dos indivíduos, não lhes permitindo correr o risco de, em algum momento, verem-se privados do direito fundamental de acesso e garantia à vida digna.

A tarefa parece (e deve ser) óbvia, mas tem-se a consciência de que não é necessariamente o que ocorre na totalidade das vezes. Por vezes é possível presenciar omissões graves por parte do próprio Estado, para não dizer das

graves falhas na fiscalização e sanções aplicadas a quem inobserva o caráter fundamental da prestação de serviços públicos.

É fato que já muito se evoluiu nesta questão, mas a sociedade deve estar sempre vigilante e agir de forma a exigir dos prestadores de serviços públicos e também do Estado que sobre eles tem poder de fiscalização e regulação, a devida atenção para os princípios básicos de conduta da prestação dos serviços públicos.

### 5. A NÃO APLICABILIDADE DO CDC ÀS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL

Feitas as devidas elucidações acerca dos serviços públicos e a estreita relação que estes, por vezes, guardam com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, faz-se necessário avaliar se o diploma consumerista, a despeito do que alguns insistem afirmar, estaria a reger as relações vinculadas às atividades notarial e registral. Para tanto, a questão será analisada sob diversos prismas, a fim de não restarem dúvidas sobre a que regramentos as atividades estão subordinadas.

A bem da verdade, já mesmo nos subitens anteriores deste capítulo e também em outros capítulos deste trabalho, já foram mencionados vários argumentos comprobatórios da não aplicação do CDC às atividades notarial e registral. As ponderações constantes deste último tópico são uma demonstração adicional e derradeira desta tese.

Os tabelionatos e ofícios registrais são serventias públicas que funcionam desenvolvendo atividade própria do Estado (por meio de seu titular delegado), característica que não se desvirtua quando se trata de serventia não oficializada, o que indica independência funcional do Cartório, sem perder a vinculação com o Estado.

Embora tenha semelhanças com uma empresa prestadora de serviços, distancia-se de uma sociedade comercial exatamente pelo serviço estatal que presta. Via de conseqüência é que não se pode comparar uma serventia extrajudicial com uma empresa pública, estando ambas estruturadas em modelo próprio, previsto em lei.

Relembrando o modelo diferencial de serviços públicos, adotado pela doutrina e jurisprudência, tem-se o seguinte:

a) Serviços "uti singuli" (preordenados a destinatários individuais): Impróprios e Individuais (e.g. telefone, água, energia). São prestados por delegados do Estado, mediante remuneração (tarifas ou preços públicos).

b) Serviços "uti universi" (impossibilidade de identificação dos destinatários): Próprios e Gerais (e.g. saúde, segurança, educação).

Conforme já mencionado neste trabalho, o STF<sup>54</sup> já pacificou entendimento no sentido de afirmar que a remuneração dos serviços notariais e de registro (emolumentos) tem natureza de taxa e não de tarifa. Portanto, não poderiam eles estar classificados como serviços de natureza "uti singuli", mas tão somente "uti universi", ou essenciais.

Neste sentido, Bruno Miragem:

"Outro elemento característico da relação de consumo é o da remuneração econômica.

 $(\ldots)$ 

Este critério é utilizado, por exemplo, para afastar do conceito de relação de consumo, os serviços públicos uti universi, cujo custeio se dá indiretamente mediante atividade de tributação do Estado (tais como os serviços de saúde e educação públicos)".55 (Grifos nossos)

Estando as atividades notarial e registral classificadas como serviços "*uti univer*si", não poderiam estar, por óbvio, sujeitos a tratamento da legislação consumerista.

Ademais, não menos importante é relembrar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do CDC aos serviços notariais e registrais é no sentido da impossibilidade de aplicação do CDC $^{56}$  aos mencionados delegados.

<sup>54.</sup> O STF já construiu remansosa jurisprudência no sentido de que os emolumentos (art. 236, § 2.º da CF e Lei federal 10.169, de 29.12.2000) têm a natureza tributária de TAXA. Vejamos a aludida previsão quando na ADI 1378 MC/ES, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello (DJ de 30.05.97, p. 23175): "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como TAXAS remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne a sua instituição e majoração, quer no que se refere a sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias especiais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade" (Grifos nossos). (BRASIL. Lei 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 30.12.2000).

<sup>55.</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 158.

<sup>56.</sup> Processo: REsp 625144/SP Recurso Especial 2003/0238957-2 Relatora: Ministra Nancy Andrighi Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 14.03.2006.

Apesar de a maioria dos julgados acompanhar o entendimento acima transcrito, é possível citar alguns julgados<sup>57</sup> decidindo ao revés do entendimento

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 29.05.2006. p. 232 LEXSTJ vol. 202 p. 131 REVFOR vol. 387 p. 275 Ementa PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABELIONATO DE NOTAS. FORO COMPETENTE. SERVIÇOS NOTARIAIS. – *A ATIVIDADE NOTARIAL NÃO É REGIDA PELO CDC*. (Vencidos a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Castro Filho). – O foro competente a ser aplicado em ação de reparação de danos, em que figure no pólo passivo da demanda pessoa jurídica que presta serviço notarial é o do domicílio do autor. – Tal conclusão é possível seja pelo art. 101, I, do CDC, ou pelo art. 100, parágrafo único do CPC, bem como segundo a regra geral de competência prevista no CPC. Recurso especial conhecido e provido.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, dando pela competência da Trigésima Primeira Vara Cível de São Paulo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. (Grifos nossos).

57. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Sexta Câmara Cível. Processo nº 0101653 de 09 de Outubro de 2008. DIREITO DO CONSUMIDOR. ACÃO DE CAN-CELAMENTO DE REGISTROS EM MATRÍCULA DE IMÓVEL. SENTENÇA JUL-GANDO PROCEDENTE O PEDIDO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. OCORRÊNCIA DE FRAUDE EM MATRÍCULA DE IMÓVEL JUNTO AO RGI. RES-PONSABILIZAÇÃO DO 8º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E DOS 11.º E 14.º OFÍCIOS DE NOTAS. CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍ-CIOS. INCONFORMISMO DOS RÉUS. RECURSOS DE APELAÇÃO. Inocorrência dos efeitos materiais da revelia em relação ao 8º Ofício do RGI, por força do art. 320, inciso I, do CPC. Legitimidade passiva do Cartório do Registro de Imóveis e dos Ofícios de Notas que são pessoas formais na forma do art. 12 do CPC, cujo rol não é taxativo. Responsabilidade solidária e objetiva das Serventias e de seus Titulares por fraudes ocorridas. Ausência do dever de cautela e vigilância. Falha na prestação dos serviços prestados pelos Ofícios de Notas. Submissão dos Tabelionatos ao CDC (art. 14). Solidariedade dos Tabelionatos pelos danos causados a consumidores, conforme art. 7.°, p. único e art. 25, § 1.º do CDC. Ausência de responsabilidade do 8º Ofício do RGI que se limita a verificar os aspectos formais dos títulos apresentados para registro. Sentença parcialmente reformada. Recursos dos 2º e 3º Apelantes desprovidos. Recurso do 1º Apelante provido para excluir sua condenação em custas e honorários advocatícios, mantida, no mais, a sentença. (Grifos nossos)

predominante para aplicar o CDC à prestação de serviços públicos notariais e registrais. Note-se que no julgado abaixo transcrito, concebeu-se a serventia extrajudicial como que fosse uma pessoa jurídica, quando, na verdade, já restou fartamente comprovado que a figura responsável e sobre quem recai toda a responsabilidade é o delegatário do serviço público, sendo tal responsabilidade pessoal dele (pessoa física).

Para a corrente defensora da aplicabilidade do CDC aos serviços notariais e registrais, a atividade em questão é remunerada, submetendo-se, por isso, ao CDC. Para os adeptos desta corrente, todo e qualquer tipo de serviço público é remunerado, pouco importando a natureza da remuneração.

De tal feita, para este entendimento, parece em nada importar a diferenciação feita pelo próprio STF acerca das diferentes naturezas de remuneração dos serviços públicos a fim de identificar se estes estão ou não sob o pálio regimental do código de proteção e defesa do consumidor.

Até mesmo no STJ é possível citar o voto de alguns ministros neste sentido. A Ministra Nancy Andrighi, quando da relatoria do REsp 625.144-SP (2003/0238957-2), proferiu voto neste sentido:

De outra sorte, é a tutela deste mesmo interesse público, ao permitir ao Estado apenas delegar função sua, que requer se aplique, à atividade em questão, os princípios da livre iniciativa e, portanto, as normas consumeristas. Normas estas que têm por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, segurança, proteção de seus interesses econômicos, bem como a racionalização e melhoria dos serviços públicos.

(...)

Porém, o CDC define como fornecedor, toda pessoa física ou jurídica, não importando se pública ou privada, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam, dentre outras atividades, prestação de serviço, isto é, atividade remunerada, fornecida no mercado de consumo, excetuadas as relações trabalhistas.

 $(\ldots)$ 

Desta forma, se até mesmo os serviços públicos prestados por órgãos da administração pública indireta estão submetidos ao CDC, conforme o precedente acima citado, quanto mais os serviços notariais, que são prestados por delegatários do Poder Público, que exercem suas atividades em caráter privado, como é o caso dos tabeliães.

(...)

Assim, os serviços notariais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, revestem-se da mesma natureza

que caracterizam as relações de consumo, porquanto, se há prestação remunerada, haverá aí uma relação de consumo.<sup>58</sup>

Todavia, o voto da relatora e o voto vista do Ministro Castro Filho foram vencidos, tendo prevalecido o entendimento da maioria, qual seja o de que o CDC não é aplicável às atividades notariais e registrais.

A bem da verdade, não parece cabível a aplicação do CDC a este tipo de atividade, vez que já mesmo pelo seu próprio tipo de remuneração (emolumentos) veda tal aplicação.

É que os emolumentos, conforme entendimento já sedimentado pelo STF, se equiparam à condição de taxa, e não de tarifa. Via de conseqüência, tomando por base os conceitos já aqui delimitados de serviços, encaixam-se os serviços notariais e registrais na categoria de serviços "uti universi", sendo que a estes serviços não se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante este e outros mais sólidos argumentos, como visto, ainda há opiniões no âmbito doutrinário e jurisprudencial que versam pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor à prestação dos serviços notariais e registrais tão somente pelo fato de serem eles serviços públicos. Tem esta corrente a ideia de que a toda sorte de serviços públicos, indiscriminadamente, se deve aplicar o CDC.

Tal entendimento, como já manifestado, não parece razoável, pois não há que se esvaziar as normas de direito administrativo correlatas à matéria para preenchê-las, a qualquer custo, com as de Direito do Consumidor. Dizer que uma atividade se descreve como serviço público – e as atividades notarial e registral o são – não é necessariamente taxar-lhe como regida pelos ditames do Código do Consumidor.

Bem pelo contrário, a jurisprudência e a doutrina predominantes já explicitaram traços e características básicas que distinguem as espécies de serviço público e a legislação que se lhes aplica.

Negar, portanto, a aplicação do CDC à atividade notarial e registral não é retirar dos delegatários destes serviços públicos a obrigação de prestar seu serviço em obediência aos princípios da eficiência, adequação, continuidade. Bem pelo contrário, o objetivo da delegação destes serviços públicos a particulares

<sup>58.</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 625.144-SP (2003/0238957-2). A Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: [www.stj.jus.br/processo/revistae-letronica/inteiroteor?num\_registro=200302389572&data=29/5/2006]. Acesso em: 10.01.2013.

foi justamente o de otimizar esta prestação, sendo tais preceitos e obrigações funcionais decorrentes de legislação própria, que não o CDC.

Note-se, portanto, que não é a aplicação do CDC à atividade notarial e de registro que vai garantir mais ou menos poder de responsabilização sobre os delegados dos serviços extrajudiciais.

Conclusão importante disto é constatar que a opinião que versa no sentido de tabeliães e registradores estarem submetidos às regras do CDC parece, na verdade, buscar uma forçada e injustificada aplicação da teoria da responsabilidade objetiva a estes agentes delegados, como se este diploma fosse a tábua de salvação para regulação de toda e qualquer espécie de relação de prestação de serviços públicos.

Inobstante saber-se da existência de importantes vozes que opinam pela aplicação do CDC às atividades notarial e registral, como aqui mesmo explicitado em votos de ministros do STJ, temos que poucos se ativeram a efetivamente escrever de forma mais cuidadosa e detalhada sobre o tema. Cabe aqui referir texto que trata especificamente sobre a relação do CDC com os tabeliães e registradores, de autoria de Paulo Valério Dal Pai Moraes.

O texto cuida de defender a tese de aplicação do CDC aos notários e registradores e serve como contraponto à opinião aqui defendida, de sorte a promover o sadio e necessário debate jurídico.

Paulo Valério Dal Pai Moraes se utiliza de não poucos argumentos para defender a aplicação do CDC aos serviços notariais e registrais. Todavia, como há pouco já dito, a tese não parece merecer guarida, a propósito dos argumentos aqui já amplamente defendidos e comprovados.

Para fins didáticos e organizacionais, elencar-se-ão os principais argumentos do referido autor, rebatendo-os, respectivamente, de acordo com a posição aqui defendida.

Referido autor infere que a atividade dos notários e registradores se caracteriza "como sendo um serviço massificado, a merecer, em vista disso, um tratamento jurídico e protetivo compatível com suas características".<sup>59</sup>

Sobre este primeiro ponto é importante pontuar que os serviços notarial e registral não são massificados, pois cada ato praticado conserva a particularidade dos sujeitos a que eles são relativos e das suas peculiaridades. O serviço

<sup>59.</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os tabeliães, os Oficiais Registradores e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 144, jan./mar. 2007.

é volumoso e abrangente dos indivíduos em geral, mas não é realizado em séries-padrão, como se concretizam os produtos da sociedade de massas.

Um dos outros argumentos utilizados por Paulo Valério Dal Pai Moraes é o de que "a doutrina tem se mostrado harmonizada quanto à possível equiparação das AtivNR à dos concessionários e permissionários", <sup>60</sup> chegando mesmo a afirmar que "é tranquila, portanto, a equiparação dos serviços delegados aos serviços concedidos e permitidos, haja vista que possuem a mesma natureza fática e jurídica. <sup>61</sup>

Este é outro ponto que já foi fartamente debatido no presente trabalho, sendo razoável concluir não haver possibilidade de confusão entre os institutos da concessão e permissão com o da delegação. Como já amplamente informado, tais figuras têm tratamentos e legislações próprios e distintos, sendo incabível a equiparação de tais regimes, por decorrência lógica e normativa desejada pelo legislador.

A analogia e a equiparação não cabem onde não há lacuna a ser preenchida. Ou seja, se há regulação própria para a delegação e consequentemente às atividades notarial e registral, em nada se faz necessário equiparar tais atividades àquelas desenvolvidas em regime de concessão e permissão; até mesmo por tratar-se de modelos completamente distintos em sua concepção e natureza.

Por isso mesmo, a atividade de notários e registradores não se enquadra na previsão residual do art. 22 do CDC ("qualquer outra forma de empreendimento"), uma vez que tem legislação própria.

Paulo Valério afirma que todo aquele que se utiliza dos serviços prestados por notários e registradores é consumidor, posto que – de acordo com o entendimento do autor – inserido numa relação de consumo.

A relação, como já bem comprovado, não se descreve como de consumo, não fazendo possível caracterizar como consumidores aqueles que se valem de tais serviços públicos; trata-se, na verdade, de utentes de um serviço público, prestado por particulares, com poderes delegados pelo Estado.

Tão diferente e específica é a atividade notarial e registral que sua equiparação a outros serviços públicos prestados sob a modalidade de concessão e permissão é inviável.

O pagamento pela prestação dos serviços públicos notariais e de registro, *e.g.*, é feito por meio de uma remuneração chamada de emolumentos, os quais,

<sup>60.</sup> Idem, p. 151.

<sup>61.</sup> Idem, p. 152.

como já decidiu o STF em julgado anteriormente mencionado, têm a natureza de taxa, fato que por si só já afastaria a aplicabilidade do CDC a este tipo de atividade.

Pois bem, valores, previsão e regras de cobrança destes emolumentos são exclusivamente elaboradas pelo Poder Judiciário e repassadas aos delegatários dos serviços públicos notarial e registral. Tanto é isto que há sempre a previsão de atos gratuitos, ora ressarcíveis, ora não, pelo Poder Judiciário. Tratam-se de atos praticados em benefício dos reconhecidamente pobres, atos solicitados pelo Poder Judiciário, pela União e outros tantos casos. Tal situação se apresenta como traço marcante das atividades notarial e registral, pois não parece haver tal tratativa em outros serviços públicos, de concessão e permissão, por exemplo. É marca inegável do traço social colaborativo com o Poder Público que tem a atividade notarial e registral.

A previsão de vários atos gratuitos a serem praticados às expensas de um delegatário, muitas das vezes sem previsão de ressarcimento, atestam que em muito se diferencia de outras várias atividades enquadradas, aí sim, sob o pálio da legislação consumerista. Basta imaginar o caso do corte de fornecimento de energia ou abastecimento de água. As pessoas não ficam autorizadas a deixar de pagar água e luz porque declaram-se pobres na forma da lei (a rigor do que se faz perante os notários e registradores para perceber a isenção de emolumentos em vários atos). Tamanha é a diferença que nestes casos de serviços públicos inegavelmente mais essenciais há até mesmo a previsão legal autorizadora do aludido corte de fornecimento, fator, este sim, que denuncia o caráter eminentemente comercial e perseguidor do lucro por estas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Os notários e registradores desenvolvem atividade pública, às suas próprias expensas e os emolumentos são a respectiva prestação por estes serviços, sendo tais valores e condições previamente delimitados e impostos de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário. O ganho aqui é mera contraprestação pecuniária pela prestação de um serviço público, não se confundindo com atividade revestida de traços comerciais ou econômicos, visadores de lucro, como quer fazer crer Paulo Valério em seu texto. 62

<sup>62. &</sup>quot;A característica do *ganho* identificadora da qualidade de fornecedor merece um destaque à parte, principalmente pelo fato de que o *ganho* representa o requisito objetivo da relação de consumo, que é a necessária existência de remuneração para que possa ser considerado serviço. (...) A existência de um ganho é incontestável nas AtivNR, servindo a percepção do numerário para a manutenção da estrutura privada das serventias, sendo que o excedente vai para o patrimônio particular do notário e do

Outra afirmação do referido autor é que a remuneração percebida por notários e registradores (emolumentos) não teria natureza de taxa (como já pacificou o STF), mas sim de tarifa ou preço público, tentando sustentar nisso a equiparação de tais atividades àquelas prestadas sob as modalidades de concessão e permissão.

Cláudia Lima Marques afirma que interessa ao CDC "somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre consumidor e o órgão público ou seu concessionário". <sup>63</sup> Perceba-se, por óbvio, que a renomada autora consumerista não insere em sua afirmação a figura da delegação, justamente por entender que tal equiparação é inviável, dada a singularidade dos modelos e das regulações próprias e específicas de cada um.

Boa parte da tese de Paulo Valério Dal Pai Moraes, a rigor da opinião sustentada por defensores desta corrente, se sustenta no argumento de que a natureza da remuneração dos notários e registradores é de tarifa ou preço público, indo na contramão da opinião já pacificada pelo STF. Daí ser incabível não só a equiparação que, data máxima vênia, forçosamente apresenta como sendo possível entre delegatários e concessionários e permissionários, mas também a própria afirmação de subordinação das atividades notarial e de registro ao CDC.

Décio Antônio Erpen, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ativo jurista na área do direito registral e notarial, afirma categoricamente que "o gerenciamento e a adoção de técnicas internas de eficiência integram a faixa de autonomia do profissional, sem que este se transforme em prestador de serviços, nos exatos termos do art. 3º. da Lei 8.078/90".64

### 6. Conclusão

Após analisar o Código de Defesa do Consumidor e os direitos e garantias fundamentais, foi possível perceber a estreita ligação do referido diploma com

registrador." MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os Tabeliães, os Oficiais Registradores e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 159, jan./mar. 2007.

<sup>63.</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 151.

<sup>64.</sup> ERPEN, Décio Antônio. Da Responsabilidade Civil e do Limite de Idade para Aposentadoria dos Notários e Registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 47. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 108.

a Constituição Federal. Igualmente viável foi concluir pela fundamentalidade do direito que tem os cidadãos ao serviço público, interessando mais especificamente ao presente artigo os notariais e registrais.

Todavia, foi prudente observar a natureza e as espécies de serviços existentes. Isto viabilizou um melhor entendimento sobre a dimensão legal e conceitual de cada um deles, tarefa inegavelmente importante para se evitar equívocos interpretativos das normas existentes e aplicáveis ao tema em debate.

Por meio do estudo e diferenciação destes serviços, foi possível perceber que há diferentes nuances e tratamentos entre eles, seja por sua natureza, sua forma de remuneração (quando há), por seu nível de essencialidade, continuidade etc.

Através disto foi possível verificar que não se pode colocar todos os tipos de serviços públicos sob o mesmo conceito, sem qualquer distinção, dando-lhes igual tratamento, normatização e regulação. A diferenciação entre eles nasce já na própria legislação, não sendo viável confundir o que tão bem distinguiu e explicitou o legislador.

Neste campo, há basicamente duas correntes divergentes: a que defende a aplicação do CDC aos serviços notariais e registrais (minoritária) e a corrente que defende a não aplicação (majoritária). A primeira corrente afirma que a essencialidade do serviço público e a necessária garantia de eficácia e de eficiência em sua prestação por parte do estado são uma forma de comprovar que referida classe de serviços está albergada pela proteção e defesa do consumidor.

Todavia, foi possível comprovar amplamente que este entendimento é equivocado, notadamente pelo fato de que não é somente através do CDC que se gera a obrigação e observância aos princípios de eficiência e eficácia, mas sim por meio de legislação própria e que seja aplicável à atividade. Ou seja, a obediência que notários e registradores devem a princípios como eficiência, eficácia e outros mais, decorre não do CDC, mas da legislação a qual estão submetidos, a citar a Lei 6.015/1973, a Lei 8.935/1994, dentre outras.

Não se pode confundir institutos, ignorar legislações vigentes específicas e se socorrer de analogias para preencher lacunas que não existem. A interpretação de que o CDC se aplicaria às atividades notarial e registral é forçada, estando calcada em argumentos muito frágeis, facilmente rebatidos pela simples existência da legislação específica diferenciadora.

O debate no âmbito jurídico é sempre importante e necessário, mas sempre devemos estar muito atentos para fazê-lo de forma que possamos respeitar as normas existentes, não distorcendo institutos, tampouco impondo-lhes o trato

por meio de legislações que não lhes regem, não criando, por fim, analogias para lacunas que não existem.

### 7. Referências bibliográficas

- ALVES, Waldir. O Dever de Atendimento Pessoal ao Consumidor pelo Prestador de Serviço Público. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 219-220, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidades e Limites da Aplicação do CDC. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO2008ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf]. Acesso em: 19.10.2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e regulação*: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*: Análise de Crítica da Relação de Consumo. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 2007.
- BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30.10.2000.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03.08.2004.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 05.01.2007.
- Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31.12.1973.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.140, de 28 de novembro de 1974. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 29.11.1974.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 01.07.1975.

- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 12.09.1990.
   Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Diário Oficial [da] República
- \_\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 21.11.1994.
- Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 11.09.1997.
- \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança* 29.039. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [www.anoreg.org.br/index.php?option=com\_content&view=article&id=15717]. Acesso em: 10.01.2013.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 11.12.1997.
- \_\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 625.144-SP (2003/0238957-2). A Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: [https://www2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num\_registro=200302 389572&data=29/5/2006]. Acesso em: 10 jan. 2013.
- \_\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 4.851/BA*. Disponível em: [www.stf. jus.br]. Acesso em: 10.01.2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 28279/DF*. Disponível em: [www.stf. jus.br]. Acesso em: 10.01.2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor.* 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e Registradores Comentada. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. Lei dos Registros Públicos Comentada. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CINTRA, Carlos de Araújo et al. Teoria Geral do Processo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COMASSETTO, Mírian Saccol. A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios. Porto Alegre: Norton, 2002.
- CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços Públicos Essenciais*: O Princípio da Continuidade e o Inadimplemento do Consumidor. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- DE BUJÁN, Antonio Fernández. Notariado y jurisdicción voluntaria. *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará. Órgão Oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 27, jul./dez. 2007/2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- DINIZ, Maria Helena. Sistemas Registrais de Imóveis. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Sistemas de Registros de Imóveis. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- . Direito Civil Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1. v.
- DIP, Ribeiro. *Registro de Imóveis (Vários estudos)*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Sergio Antonio Fabris, 2005.
- DOS SANTOS, Reinaldo Velloso. *Registro Civil das Pessoas Naturais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do Registro Imobiliário Formal. *In DIP*, Ricardo (org.). *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.
- FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, n. 23, p. 9-43, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 8. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- HALL, David. State Aid and public services in Europe the limitations of the EC package. Disponível em: [www.psiru.org]. Acesso em: 15.04.2011.
- \_\_\_\_\_\_. The Relative Efficiency of Public and Private Sector Water. Disponível em: [www.psiru.org]. Acesso em: 15.04.2011.
- HERMAN VASCONSELOS, Antônio. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- ; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. ed. rev. São Paulo: Ed. RT. 2008.
- \_\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. A Regulação do Serviço Público de Energia Elétrica e o Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 68-100, jul./set. 2004.
- \_\_\_\_\_\_. Curso de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

- MOOR, Fernanda Stracke. *O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS -, Porto Alegre, RS, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Rio de Janeiro: Ed. RT, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de *et al.* A Constitucionalização do Direito civil e seus Efeitos Sobre a Responsabilidade Civil. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito:* Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os Tabeliães, os Oficiais Registradores e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 142-189, jan./mar. 2007.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*: Com Exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. *Aplicações do Direito na Prática Notarial e registral*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- PAIVA, João Pedro Lamana. *Direito Registral e Registros Públicos*. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br]. Acesso em: 10.01.2013.
- PALAST, Greg. *Democracy and Regulation*: How the Public can Govern Essential Services. Londres: Pluto, 2003.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 80, n. 666, p. 48-53, abr. 1991.
- \_\_\_\_\_. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 53, p. 182-200, nov. 1991.
- \_\_\_\_\_. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 34-60, abr./jun. 1993.
- \_\_\_\_\_. Proteção contra produtos defeituosos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 49-83, abr/jun. 2002.
- \_\_\_\_\_. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 66-100, out.-dez. 2009.
- RODRIGUES, Pedro Nunes. *Direito notarial e Direito registral*. Coimbra: Almedina, 2005.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Direito Privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SAR-LET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada Construindo Pontes para o Público e o Privado. p. 107-163. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- \_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TIMM, Luciano Benetti. *A Prestação de Serviços*: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. I-II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TOBEÑAS, Castán. Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho. Madri: Reus, 1946.
- TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Serviços Públicos e Direito Tributário. 1. ed. Quartier Latin, 2005.
- WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. Direitos Fundamentais & Justiça, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, ano 3, n. 9, p. 232-259. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

## Veja também Doutrina

- A proteção dos consumidores-usuários de serviços públicos no direito brasileiro: uma abordagem a partir do diálogo das fontes, de Fernando Costa de Azevedo – RDC 102/123-137 (DTR\2016\75);
- Código de Defesa do Consumidor e serviços públicos: balanço e perspectivas, de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer *RDC* 104/65-98 (DTR\2016\462); e
- Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário, de Rafael Maffini *RDI* 79/179-202 (DTR\2016\23).

# A "UNITAS ACTUS" NAS ESCRITURAS PÚBLICAS E A MODERNA PRAXE NOTARIAL

THE "LINITAS ACTUS" IN THE PUBLIC DEEDS AND THE MODERN NOTARIAL PRAXIS

#### MARINHO DEMBINSKI KERN

Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). 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 "unitas actus" nas escrituras públicas. Inicialmente, são estudados os conceitos básicos sobre as escrituras públicas e o profissional que as executa, o tabelião. Na sequência, é examinada a fé pública notarial. Com relação ao tema central, é analisado o conceito, o fundamento legal e o objetivo da "unitas actus". Então, são verificadas algumas questões sobre a praxe notarial moderna e a real necessidade de observância do princípio da unidade do ato. Para efetivar tais análises, procedesea o exame dos posicionamentos doutrinários atinentes à matéria em comento e das recentes normas sobre assunto.

Palavras-chave: Tabelião de notas – Direito notarial – Escritura pública – Fé pública – Unidade do ato.

ABSTRACT: This paper is about the "unitas actus" in the context of public deeds. At first, it is studied the basic concepts about public deeds and the professional who elaborate them, the Civil Law Notary. Next step, it is examined the notarial public faith. Concerning to the central object of this paper, it is analyzed the concept, the legal basis, and the purpose of the "unitas actus". Then, it is verified some questions about the modern notarial praxis and the requirement to comply with the unity of act principle. To accomplish these analysis, it is proceeded the examination of the doctrine lessons and the recent rules about the subject of this paper.

**Keywords:** Civil Law notary – Notarial law – Public deed – Public faith – Unity of act.

Sumario: 1. Introdução. 2. A "unitas actus" nas escrituras públicas. 2.1. Tabelionato de notas e escritura pública. 2.2. Fé pública notarial. 2.3. Princípio da "unitas actus". 2.4. A aplicabilidade do princípio da "unitas actus" na praxe notarial moderna. 3. Considerações finais. 4. Bibliografia.

## 1. Introdução

É muito comum, no cotidiano dos cartórios de notas, marcar o dia para a assinatura de determinada escritura pública, em que todos os figurantes comparecem, o tabelião explica o ato praticado e suas consequências, lança o escrito no livro de notas, lê o seu teor às partes, que subscrevem o livro, aquiescendo ao seu conteúdo, encerrando-se com a assinatura do tabelião (ou substituto).

Por que isso ocorre?

Além de ser praxe notarial, a escritura é assim instrumentalizada, porque, como ato solene, demanda, em tese, a necessidade de "unitas actus", isto é, unidade instrumental e temporal do ato. A necessidade de unidade do ato – copresença simultânea de todos os figurantes no momento da lavratura, leitura e assinatura da escritura pública –, representa, a princípio, solenidade essencial do ato notarial, o que implica dizer que a sua inobservância conduz à nulidade deste.

Avulta, não obstante, o fato de que, na vida moderna, marcada pela velocidade das relações, pela constante agitação e atribulação das pessoas, que possuem inúmeros compromissos e pouco tempo, pode ser difícil ajustar os horários livres dos diversos figurantes para comparecimento simultâneo ao cartório, de sorte que a exigência de unidade do ato configura, em muitos casos, um entrave a realização pronta e célere do ato pretendido.

Algumas Corregedorias estaduais, como a de São Paulo e a do Paraná, emitiram normas, dispensando a "unitas actus", isto é, permitindo que a leitura e subscrição da escritura não seja simultânea (as partes podem assiná-la em momentos diversos). Resta saber, entretanto, se as normas, de cunho administrativo, poderiam dispensar essa exigência, ainda mais considerando que a inobservância de solenidade essencial constitui motivo para a nulidade do ato.

Em razão da atualidade da questão – as normas extrajudiciais de São Paulo, p. ex., foram alteradas em 2015 –, bem como da sua importância (se a "unitas actus" for obrigatória, a sua inobservância, ainda que amparada em norma administrativa, conduz à nulidade do ato), foi empreendido o presente estudo, com a finalidade de examinar o conceito, os fundamentos, legal e jurídico, da "unitas actus", bem como a sua relação com a praxe notarial moderna, passando obrigatoriamente pela possibilidade, ou não, de dispensar essa exigência.

## 2. A "UNITAS ACTUS" NAS ESCRITURAS PÚBLICAS

### 2.1. Tabelionato de notas e escritura pública

Para o jurista, é de fundamental importância distinguir entre o mundo fático e o mundo jurídico, de sorte a reconhecer a existência de meros fatos e a existência de fatos jurídicos. Conforme ensina Pontes de Miranda (1972, p. 3), o mundo fático é aquele "em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático", ao passo que o mundo jurídico é aquele "em que só se leva em conta o que nêle entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu."

O mundo jurídico é um mundo de existência lógica, ideal, no pensamento e na mente dos juristas e das pessoas. Ele é criado em razão da existência de normas jurídicas, as quais são proposições que preveem um suporte fático, que é o conjunto de elementos fáticos idôneos a atrair a incidência da regra jurídica, e uma consequência jurídica decorrente da concretização deste suporte fático. Ocorrendo no mundo fático os elementos previstos no suporte fático da norma jurídica, esta incide e, por consequência, o dito fato (ou conjunto de fatos) ingressa no mundo jurídico, engendrando o *fato jurídico* (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 4).

O mundo jurídico apresenta três planos: a) existência, em que o suporte fático em decorrência da incidência da regra jurídica se torna fato jurídico; b) validade, em que para atos humanos se define se o ato é válido ou inválido; e c) eficácia, em que se irradiam efeitos dos fatos jurídicos, tais como direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 4).

Nesta linha, para que um fato do mundo fático ingresse no mundo jurídico (= tenha existência), é necessário que ele preencha os elementos de existência, que correspondem, de um modo geral, aos elementos apontados pelas normas jurídicas como suporte fático. O fato ou conjunto de fatos ocorrido no mundo fático deve coincidir com o suporte fático necessário previsto na norma jurídica.

Essencialmente, os fatos ocorridos no mundo fático ("suporte fático concreto"), se preencherem de modo suficiente os elementos apontados nas regras jurídicas ("suporte fático abstrato"), sofrerão a incidência da regra jurídica e, então, ingressarão (= passarão a ter existência) no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Se o suporte fático concreto for suficiente, o fato entra no mundo jurídico; se for insuficiente, não entra no mundo jurídico.

Para os atos jurídicos e negócios jurídicos, um dos elementos de existência – e é o que nos interessa para os fins propostos no presente trabalho – é a forma. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 377), a forma corresponde ao "meio pelo qual a declaração se exterioriza, ou, em outras palavras, o tipo de manifestação através do qual a vontade chega ao mundo exterior (forma escrita, oral, silêncio, sinais etc.)". (grifos no original).

Haver sido adotada alguma forma é elemento de existência dos atos e negócios jurídicos, uma vez que só se levam em consideração vontades externadas; não interessa ao direito uma simples intenção encerrada na mente, isto é, uma mera cogitação. Para existir o negócio ou ato, a vontade deve ter sido externada por algum meio: verbal, escrito, sinais etc. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 377).

No plano da existência, não se trata de a vontade ter sido exteriorizada pela *forma legalmente prevista*, mas sim, apenas, de ter sido exteriorizada. Em determinados casos, porém, o sistema jurídico exige que a forma seja especial, isto é, não basta a exteriorização da vontade para que o ato ou negócio produza os efeitos colimados, é necessário que essa forma obedeça ao que prevê a lei. Quando isso ocorre – isto é, quando estamos falando sobre *forma legalmente prevista* – a discussão se desloca do plano da existência e ingressa no plano da validade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 377).

O Código Civil expressamente determina que a *forma legalmente prevista* (ou, ao menos, não defesa em lei) é requisito de validade do negócio jurídico, conforme o art. 104, III, e o art. 166, IV. Essas determinações também se aplicam aos atos jurídicos, por força do disposto no art. 185 do Código Civil.

Nesse aspecto, havendo forma (= exteriorização da vontade por algum meio), o negócio ou ato existe (juridicamente), mas pode ser válido ou inválido. Será válido, se: a) não houver forma especial prevista em lei e a forma adotada no caso não for ilícita; b) se foi observada a forma que a lei exige; e c) se as partes pactuaram a cláusula de não valer sem instrumento público e a forma especial foi adotada (art. 109 do Código Civil). Será inválido, se: a) não houver previsão especial de forma na lei, mas a modalidade adotada é defesa; b) se há previsão especial, mas esta não foi observada; e c) se as partes pactuaram a cláusula de não valer sem instrumento público, mas este não foi efetivado.

A forma, portanto, é elemento que se relaciona com os planos da existência e da validade. Logo, sua importância para a plena higidez dos negócios jurídicos e atos jurídicos é enorme, justamente porque problemas a ela relacionados podem conduzir à frustração das expectativas das partes.

A principal modalidade de forma especial exigida por nosso sistema jurídico é a escritura pública. A escritura pública deve ser observada para os atos translativos, constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 108 do Código Civil). Outrossim, também o pacto antenupcial (art. 1.653 do Código Civil), a cessão da herança (art. 1.793 do Código Civil), a instituição de bem de família convencional (art. 1.711 do Código Civil) e a instituição do direito de superfície (art. 1.369 do Código Civil) devem ser realizados por escritura pública.

Mas, afinal, o que é uma escritura pública?

Segundo Castro (1964, p. 18), "escritura pública é o testemunho autêntico de qualquer contrato ou convenção extra judicial, outorgado pelas partes, lavrada por oficial público, em seu livro de notas."

Gama (1938, p. 106), citando Teixeira de Freitas, conceitua a escritura pública como o "testemunho authentico de qualquer contracto ou acto extra-judicial, outorgado pelas partes, ou pelo tabellião, em nome dellas, no livro de notas."

Pontes de Miranda (2000, p. 399) conceitua instrumento público como "aquele a que o oficial público dá a forma, por dever de ofício. O figurante ou figurantes escolhem a forma, dita, então, pública, ou a lei o exige, e o oficial público instrumenta o ato jurídico. As formas compõem-se, portanto, auctoritate publica, se o futuro figurante ou os futuros figurantes as pedem. A confeição é do oficial público e do figurante ou figurantes, porque quem figura faz o ato jurídico, a que se procura a forma pública; o oficial público confaz". Relativamente a esse conceito amplo, dado por Pontes de Miranda, é de se ressalvar que, se o ato é lavrado por tabelião de notas, é denominado instrumento público stricto sensu, mas, se for lavrado por outra autoridade pública, que não o tabelião, se denomina ato autêntico ou instrumento público lato sensu (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 399).

Para Brandelli (2011, p. 373), a escritura pública "é o ato notarial pelo qual o notário recebe a vontade manifestada pelas partes e endereçadas a ele, tabelião, para que instrumentalize o ato jurídico adequado; é o ato por meio do qual o tabelião recebe a vontade das partes, qualifica esta vontade e cria o instrumento adequado a dar vazão jurídica a esta vontade."

No particular, é de se destacar que a escritura não é o ato jurídico em si, mas apenas e tão somente o instrumento, o suporte do ato ou negócio jurídico celebrado (BRANDELLI, 2011, p. 373).

Outrossim, deve ser evitada a confusão entre escritura pública e ata notarial (que também é ato praticado pelo tabelião de notas): enquanto na escritura pública há manifestação de vontade direcionada ao tabelião, que assessora juridicamente as partes, recepciona sua vontade e lhe dá roupagem jurídica, instrumentalizando-a de forma adequada, na ata notarial há apenas a narração de um fato presenciado pelo tabelião e apreendido pelos seus sentidos, sem que se emita juízo de valor ou o molde juridicamente (BRANDELLI, 2004, p. 55).

Como se pode ver dos conceitos transcritos, a escritura pública se caracteriza pelos seguintes elementos: a) o seu *autor*, o tabelião de notas; b) o seu *locus*, o livro de notas; e c) o seu *objeto*, que é instrumentalizar a manifestação de vontade das partes, visando a criação, modificação ou extinção de direitos, mediante ato ou negócio jurídico.

O que, efetivamente, diferencia uma escritura pública de outro suporte material que contém um ato ou negócio jurídico (documento) é ter sido escrita pelo tabelião de notas (ou seu substituto legal) – ou, se a lei o permite, por outra autoridade pública com competência notarial –, no livro de notas (o livro destinado legalmente à lavratura de escrituras públicas).

A Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores) deixa claro ser competência do tabelião de notas a lavratura de escrituras públicas, conforme o art. 7.°, I, da referida Lei,¹ mas ressalva eventuais previsões estaduais anteriores à sua publicação que conferiam competência notarial aos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 52 da Lei 8.935/1994²). Da mesma forma, a mencionada Lei, no seu art. 6.°, destaca competir aos notários: "I – formalizar juridicamente a vontade das partes; II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; (...)".

O tabelião de notas, então, é a figura central para a caracterização de um instrumento como escritura pública. Conforme Gama (1938, p. 9), "Tabelliães de notas, ou simplesmente tabelliães, são os serventuários de justiça, estabele-

<sup>1.</sup> Art. 7.º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I – lavrar escrituras e procurações, públicas; (...)

<sup>2.</sup> Art. 52. Nas unidades federativas onde já existia lei estadual específica, em vigor na data de publicação desta lei, são competentes para a lavratura de instrumentos traslatícios de direitos reais, procurações, reconhecimento de firmas e autenticação de cópia reprográfica os serviços de Registro Civil das Pessoas Naturais.

cidos pela lei e aos quaes esta attribue *fé pública* para instrumentarem ou exararem contractos, testamentos ou outros actos de sua competência."

Na sistemática da Lei 8.935/1994 (art. 3.º) e da Constituição Federal (art. 236), o tabelião de notas, ou notário, é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial, para ser desempenhada de modo privado.

Assim, por ser profissional do direito, cabe-lhe, não apenas recepcionar e instrumentalizar a vontade das partes, mas também assessorá-las juridicamente a atingirem os objetivos negociais a que se propuseram, qualificando a vontade perante ele manifestada, indicando o instrumento adequado a ser feito e denegando, eventualmente, atos em desacordo com a legislação pátria.

Nesse aspecto, a atuação do tabelião é regida pelo princípio da juridicidade, que se concretiza de duas formas: a) a polícia jurídica notarial, que consiste em repelir os atos contrários ao Direito, bem como moldar a vontade das partes para que se conforme às exigências legais (BRANDELLI, 2011, p. 176-177); e b) o zelo pela correta manifestação de vontade das partes, certificando-se o tabelião de que a vontade foi livremente externada, estando isenta de vícios (BRANDELLI, 2011, p. 178).

Essencialmente, o notário exerce uma função preventiva, cautelar, com a qual se busca evitar a ocorrência de vícios e ilegalidades nos negócios jurídicos ou mesmo atos jurídicos, capazes de fulminá-los, privando-os da eficácia esperada pelas partes. Nesse intuito ele identifica as partes, verifica sua capacidade, recepciona sua manifestação de vontade, assessora juridicamente, apontando qual instrumento deve ser feito e quais exigências legais devem ser cumpridas, cumpre as solenidades legais e emite o ato dotado de fé pública, apto a gerar os efeitos desejados pelas partes.

A atuação deste profissional do direito, imparcial, que fiscaliza o cumprimento das exigências legais, repele as ilegalidades, assessora as partes e zela pela manifestação da vontade livre e real, atribui à escritura pública um alto grau de segurança jurídica, que ultrapassa o mero fato de o ato ficar documentado em livros de notas, acessível ao público por meio de certidões, e de ser chancelado por uma "testemunha" dotada de fé pública.

Em síntese, a escritura pública representa uma forma de exteriorizar a vontade (por negócio ou ato jurídico), caracterizada por ser escrita no livro de notas, por um tabelião de notas, que, no desempenho de seu mister, atua regido pelo princípio da juridicidade, orientando as partes e zelando pela realização do ato de forma perfeita, isento de máculas, o que confere ao ato segurança jurídica.

### 2.2. Fé pública notarial

O art. 3.º da Lei 8.935/1994³ enuncia que o tabelião é dotado de fé pública. De outro lado, o art. 215 do Código Civil declara, no *caput*,⁴ que a escritura pública é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. Diante dessas afirmações, cabe indagar: o que é fé pública?

Ceneviva (2010, p. 51) explica que a fé pública se relaciona com a condição de profissional do direito que ostenta o tabelião, esclarecendo que a fé pública compreende: a) a confiança atribuída pela lei ao que o notário declare ou faça, no exercício de sua função, com presunção de verdade; e b) a confirmação da "eficácia de negócio jurídico com base no declarado ou praticado pelo registrador e pelo notário".

Para Lago (2013, p. 87), a fé pública notarial "é um atributo da própria qualidade de tabelião, o qual, ao lavrar ou aceitar um certo ato, nele lançando sua assinatura, o torna autêntico", sendo certo que a aceitação dessa autenticidade de certos documentos e de certas coisas que neles se declara é legalmente imposta a todos.

Ao se referir a fé pública, Azevedo (1975, p. 5) destaca que a lei atribui aos atos do tabelião, no exercício de sua função, o caráter de *probatio probata*, presumindo-se verdadeiros e fazendo prova plena de tudo que o tabelião lavre ou certifique.

A fé pública tem por finalidade dotar as relações de certeza, estabilidade, indiscutibilidade e autenticidade (CHAVES; REZENDE, 2013, p. 115). Ela atende a exigências da ordem jurídica, que pereceria se os instrumentos públicos ficassem flutuando ao alvedrio de contestações e alicantinas (AZEVEDO, 1975, p. 5).

A fé pública produz duas espécies de efeitos: a) efeitos materiais, correspondentes a dar a forma exigida legalmente para a validade de certos atos (LAGO, 2013, p. 88); e b) efeitos processuais, consistentes em revestir o documento público de certa eficácia probatória que os diferencia dos documentos particulares (LAGO, 2013, p. 88).

<sup>3.</sup> Art. 3.º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

<sup>4.</sup> Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. (...)

Apesar de produzir duas ordens de efeitos, avulta, ao se mencionar a fé pública, o efeito processual. Aliás, já se disse, inclusive, ser a fé pública "um fenômeno que associa diretamente o trabalho do tabelião com os efeitos processuais dele decorrentes" (LAGO, 2013, p. 86).

Não obstante, a referida eficácia processual não é absoluta, nem irrestrita. Não é absoluta, porque a prova que gera é plena, mas não definitiva, uma vez que, como prova, basta por si só, porém essa plenitude somente durará enquanto se demonstre sua veracidade (LAGO, 2013, p. 90). A escritura perdurará produzindo seus efeitos e se presumindo verdadeira, enquanto não se obtiver judicialmente a declaração de sua falsidade (LAGO, 2013, p. 100). Sendo válida a escritura, presume-se verdadeira relativamente ao seu conteúdo, englobando as manifestações de vontade, bem como se presume terem sido observadas as solenidades exigidas pela lei, incumbindo o ônus da prova ao autor, no caso de ação objetivando desconstituí-la (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 401).

Outrossim, não é irrestrita, porque abarca somente a própria formação da escritura e o que o tabelião descrever ter ocorrido em sua presença; a veracidade fática dos enunciados lançados pelas partes ou os fatos de que o tabelião ouve falar não são abarcados pelo manto da eficácia da fé pública (LAGO, 2013, p. 89 e 91). No particular, Pontes de Miranda (2000, p. 401) destaca que os enunciados de fato, que se contêm na escritura, somente se presumem verdadeiros entre as partes e seus sucessores, embora possam valer como prova contra quem os fez.

A fé pública, portanto, derivada da presença da autoridade pública que intervém no ato (o tabelião), representa uma eficácia especial dos atos notariais, superior ao mero instrumento particular, capaz de gerar efeitos de ordem material, por revestir o negócio ou ato jurídico da forma exigida pela lei civil, conferindo-lhe validade, e de ordem processual, por acarretar a presunção *juris tantum* de veracidade.

## 2.3. Princípio da "unitas actus"

A tratar de "unitas actus", convém, para expressar sua importância e significação, relembrar um exemplo dado por Pontes de Miranda, de um banqueiro que inicia o preenchimento de uma letra de câmbio, mas é interrompido pela chegada do tabelião, perante o qual, e as testemunhas, inicia a confecção de seu testamento, sendo interrompido pelo telefone, primeiro, e, depois, pela necessidade de ir à casa contígua receber uma visita de muita importância, para, só após, retornar e terminar o testamento, e, na sequência, assinar a letra de

câmbio, que seu empregado completou (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 7). Nessa situação hipotética, vale a letra de câmbio, mas não vale o testamento.

A resposta se encontra justamente na necessidade de "unitas actus", ou unicidade do ato, que o testamento requer e a letra de câmbio não. Bem se vê dessa hipótese que eventual problema relacionado com a "unitas actus" é capaz de invalidar o ato ou negócio praticado, impedindo-o de produzir os efeitos esperados pelas partes.

Conquanto a seara habitual em que se estude a "unitas actus" seja a dos testamentos, porque nestes ela incide com mais força e maior rigor, a matéria também se relaciona com as escrituras públicas no geral, apresentando muita importância, por abranger grande parcela dos atos praticados pelos tabeliães de notas. E é sobre a incidência da "unitas actus" na escritura pública que versa este trabalho.<sup>5</sup>

Os romanos exigiam, de um modo geral, a "unitas actus" nos atos solenes em geral, entendendo que, se é solene, deve ser uno, pois partir a solenidade representaria a sua própria negação (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 15).

Pontes de Miranda (1939, p. 9) aponta os sentidos possíveis de unidade, dizendo que esse conceito pode se referir: a) ao ato em si mesmo – como instrumento ou documento, não se exigindo, entretanto, a unidade temporal, de modo que, embora uno, o instrumento pode ter sido feito aos poucos ("unitas actus" em sentido estrito); b) ao ato e ao tempo – há unidade do ato e de tempo na confecção do instrumento ("unitas actus" no sentido próprio); c) ao ato, ao tempo e ao dia – é a situação do item "b", qualificada pelo fato de o instrumento, uma vez iniciado, dever ser concluído no mesmo dia, por eventual exigência legal; d) à categoria jurídica – p. ex. o que, no título cambiário, não concerne a ele, não é cambiário; e e) à materialidade – p. ex. os títulos formais em geral.

Efetivamente, o sentido que nos interessa é o que conjuga a unidade do ato em si mesmo com a unidade de tempo, ou seja, o item "b", que diz respeito à "unitas actus" em sentido próprio. A mera unidade formal (itens "a" e "e") não é critério que possibilita distinguir a escritura pública, do ponto de vista da "unitas actus", do instrumento particular. Ambos apresentam essa característica: mesmo um contrato feito por instrumento particular deve apresentar uma unidade como ato, como operação.

<sup>5.</sup> Destaque-se que a questão da "unitas actus" no testamento não será abordada, nem estudada neste artigo, que circunscreve seu objeto às escrituras públicas.

O instrumento particular, entretanto, embora feito de forma una, pode ter sido subscrito em dias diferentes, ou mesmo ter havido subscrição previamente à sua completude, a qual foi obtida em momento posterior. A "unitas actus", como característica de testamentos e escrituras, portanto, não se satisfaz com a mera unidade do ato; deve haver unidade do ato e unidade do tempo.

Para os atos de oficiais públicos exige-se a presença simultânea de todos os envolvidos (outorgante, outorgado, testemunhas e o oficial), copresença simultânea que é condição de eficácia da *forma*, da qual depende a validade do ato (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 10-11).

Nesse aspecto, presença simultânea se refere ao aspecto temporal, mas pode não indicar a unidade de local ("unitas loci"). Com isso, não se admite que as partes e testemunhas possam estar cada qual em um local diferente, isto é, não estarem todas no mesmo recinto. Quer dizer que o local em que todas estão, juntas, pode variar, em virtude da ocorrência de deslocação simultânea de todos os figurantes, como p. ex. na hipótese em que todos estão em um barco ou avião em movimento — o lugar da celebração está variando (cidade X, cidade Y...), mas as partes continuam juntas, movimentando-se simultaneamente.

Pontes de Miranda explica a situação:

"Quem diz *presença simultânea* dos figurantes diz *unitas tempus*, porém não *unitas loci*. Os figurantes podem achar-se sempre presentes, sem ser no mesmo lugar; v. g., se se acham em navio ou trem, ou, ainda, se passam, durante o acto, de navio para trem sem que tenha havido momento em que um não estivesse presente. A copresença e a codeslocação são compossíveis; o que não é possível é a copresença com o afastamento ou a falta de um dos figurantes." (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 11).

O conceito de "unitas actus" não é meramente negativo, no sentido de contentar-se com a mera não interrupção material e temporal; é mais abrangente, incluindo a necessidade de copresença de todos, dotados de sua liberdade pessoal, não se admitindo que no curso do ato se interponham elementos estranhos, ainda que pessoais (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 11).

Brandelli (2011, p. 380) destaca que a lavratura, a leitura e a subscrição pelas partes da escritura exigem a unidade de tempo, ou seja, deve haver copresença simultânea das partes, dotadas de liberdade, sem ocorrer interrupções de elementos estranhos ao ato, do momento do início da lavratura até o fechamento da escritura pública com a subscrição do ato, tudo sob pena de nulidade.

As escrituras públicas, como regra geral, não são lavradas no exato instante que o outorgante e o outorgado comparecem ao Cartório; ao contrário, existe

um processo até que efetivamente se tenha por lavrada a escritura (= lançada no livro de notas e assinada). As partes, ou uma das partes, procura o Cartório competente, inteira-se dos documentos necessários, apresenta esses documentos, o tabelião qualifica, sob o prisma da juridicidade, o que lhe foi pedido e os documentos que lhes foram submetidos, lavra a minuta, conversa com as partes, marca o dia da assinatura, as partes comparecem, a escritura é impressa no livro de notas, lida às partes e subscrita por estas e pelo notário.

Tendo em mente esse processo, que normalmente leva diversos dias, a depender da complexidade do caso e de as partes estarem na posse, e apresentarem, os documentos exigidos legalmente, avulta que a unidade do ato não apanha, nem pode apanhar toda a elaboração do instrumento.

Pontes de Miranda (1939, p. 11) esclarece que o princípio não indica ser necessário haver a unicidade de todo o processo, isto é, de toda a elaboração do instrumento, sendo que, no caso das escrituras públicas, é de se ter a unidade a partir de certo momento, qual seja, o da leitura e assinatura, após ter sido o instrumento "notado" (escrito no livro de notas).

A constatação de que a "unitas actus" nem sempre abrange a totalidade da elaboração do instrumento é de suma importância, para se evitar que se nulifique, sem sólida razão jurídica, instrumentos públicos lavrados, sob a alegação de desrespeito à unidade do ato. O aplicador do Direito deve saber exatamente a partir de quando se inicia a obrigatoriedade da unidade do ato, sendo que o que ficou para trás (= antes) desse momento não interessa, para fins de exame da observância da "unitas actus", podendo cindir-se, por consequência, no tempo e no espaço.

A observação de Pontes de Miranda, em nosso entender, apresenta nítida relação com a questão do fundamento legal da obrigatoriedade do ato. Na época em que Pontes escreveu a obra "Conceito e importância da *unitas actus* no Direito brasileiro", ele radicou o fundamento na legislação vigente relativamente às solenidades da escritura pública,<sup>6</sup> qual seja, as Ordenações Filipinas, mais precisamente o Livro I, Título 78, § 4.º (conforme se vê em PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 11 e 18).

O texto das Ordenações Filipinas em questão é no seguinte teor:

"Escreverão em hum livro, que cada hum para isso terá, todas as Notas dos contractos, que fizerem. E como forem scriptas, logo as leam perante as partes

<sup>6.</sup> Nesse aspecto, o entendimento prevalecente era de que o Código Civil de 1916 não havia revogado as Ordenações Filipinas no que tange às solenidades da escritura pública, visto ter sido omisso no particular, de modo que a legislação reinícola continuava a reger as formalidades do instrumento público, como se pode ver em Amorim e Mello Filho (1978, p. 31-32) e em Nunes (2011, p. 817).

e testemunhas, as quaes ao menos serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assinarão ellas e as testemunhas. E se cada huma das partes não souber assinar, assinará por ella huma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção como assina pola parte, ou partes, porquanto ellas não sabem assinar. E se em lendo a dita Nota, for emendada, accrescentada per entrelinha, mingoada ou riscada alguma cousa, o Tabellião fará de tudo menção no fim da dita Nota, antes das partes e testemunhas assinarem, de maneira que depois não se possa sobre isso ter duvida alguma."<sup>7</sup>

Sobre esse texto, Pontes de Miranda comentou que a exigência do Direito reinícola é no sentido de que a leitura se deve dar perante as partes e as duas testemunhas simultaneamente, ou seja, não se admite a leitura perante as partes, e, depois, perante as testemunhas, ou perante as partes e uma testemunha, e, depois, perante a outra testemunha (PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 18).

Note-se que as Ordenações mencionam apenas "E como forem scriptas, logo as leam perante as partes e testemunhas, as quaes ao menos serão duas", e, daí, se interpretava a necessidade de que a presença dos envolvidos (partes e testemunhas) fosse simultânea, sob pena de nulidade.

Corroborando essa conclusão: a) Castro (1964, p. 22) destacava ser formalidade essencial, cuja inobservância gerava a nulidade do instrumento, a leitura do instrumento perante as partes e as testemunhas *conjuntamente*; e b) Gama (1938, p. 110) dizia ser formalidade substancial que as testemunhas assistissem a escritura e sua leitura *simultaneamente*, não podendo ser uma de cada vez.

Em 1981, a Lei 6.952/1981 introduziu os §§ 1.º a 6.º no art. 134 do Código Civil de 1916, os quais regulavam os requisitos de validade das escrituras públicas, sem prejuízo de eventuais regulações especiais da legislação extravagante. A introdução dessa disposição no Código Civil, regulando as solenidades das escrituras públicas, acabou por revogar as disposições das Ordenações Filipinas ainda vigentes no particular.

As novas disposições deixaram de exigir a presença obrigatória de duas testemunhas ao ato, de modo que, inexistindo preceito especial que as exigisse, a escritura podia ser validamente lavrada, presentes apenas o tabelião e as partes. O art. 134, § 1.º, *e*, do Código Civil de 1916 dispôs a necessidade de a escritura conter a "declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram".

<sup>7.</sup> Disponível em [www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p181.htm]. Acesso em 10.11.2015.

A nova regra determinou que a escritura passasse a ter a "declaração" de ter sido lida às partes, não bastando, portanto, a ocorrência do fato, devendo haver, mais, a sua menção no instrumento. Nada obstante, seguindo a lógica apontada para o texto das Ordenações, a obrigatoriedade de ler perante as partes (ou de que elas todas a leiam) garantiu, em tese, a manutenção do princípio da "unitas actus" para as escrituras públicas.

Com relação a esta questão, o Código Civil de 2002 não fez maiores inovações e o art. 215, § 1.°, VI, dispôs a obrigatoriedade de a escritura conter a "declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram". A expressão "na presença das partes" subentende a ideia de simultaneidade ("unitas tempus").

Nesse contexto, em tese, é possível afirmar que o fundamento legal da exigibilidade da "unitas actus" nas escrituras públicas reside, atualmente, no art. 215, § 1.°, VI, do Código Civil, devendo ressaltar-se que, entretanto, a exigência não é *expressa de forma absolutamente clara*, e que a interpretação da norma legal — nesse sentido da obrigatoriedade da "unitas actus" —, decorre muito da tradição de se compreender o ato notarial como regido pelo princípio da unidade do ato.

Exposto o fundamento legal ou normativo da "unitas actus" nas escrituras públicas, cabe perquirir a sua razão jurídica, isto é, o fundamento *jurídico* dessa necessidade de que o ato ocorra de forma una, com a presença simultânea de todos os comparecentes (partes, intervenientes e, se necessário, testemunhas).

Pontes de Miranda (1939, p. 18) destaca que a copresença necessária das partes e testemunhas para a leitura do ato tem a importante função de policiar a instrumentalização dos atos e negócios jurídicos, garantindo que não haja engano, erro, dolo ou coação das partes.

Brandelli (2011, p. 381) explica que a unidade do ato "tem a importante função de buscar e garantir, pela atuação notarial, a manifestação da vontade real das partes, sem interferências externas vedadas pelo ordenamento jurídico."

Essencialmente, como se pode ver, o princípio da "unitas actus" busca resguardar a higidez do ato notarial, garantindo que a vontade tenha sido manifestada naquele sentido em que consubstanciada no instrumento escrito, sem haver dolo, coação ou erro. A lógica é que, estando todos os figurantes presentes ao mesmo tempo, ouvindo a mesma leitura e explicação do tabelião, bem como presenciando a manifestação de vontade dos demais participantes do ato, há menor possibilidade de ocorrerem equívocos, enganos ou artimanhas.

Como dito por Brandelli, o foco é assegurar a manifestação da vontade real das partes e seu espelhamento fiel no título lavrado.

Forte nessa finalidade do princípio, Brandelli inclusive ressalta ser mais apropriado falar em unidade de contexto, pois, havendo interrupções de menor monta do ato, se a vontade real estiver resguardada, não há porque decretar a nulidade do instrumento (BRANDELLI, 2011, p. 446-447).

Demonstrando a importância do estudo da "unitas actus", citamos o seguinte trecho da decisão do Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, proferida no julgamento da Apelação Cível 990.10.027.101-6, relatado pelo Exmo. Desembargador Luis Ganzerla, publicado no Diário da Justiça em 28.02.2011, em que uma das razões (não foi a única) para a recusa do registro pretendido pelo interessado no 5.º Registro de Imóveis de São Paulo foi a ocorrência de violação da "unitas actus":

"Outrossim, para além da indicação da entidade familiar beneficiada, que a escritura pública omite, seria indispensável, no ato notarial, o comparecimento, como anuente, daquele que o apelante afirma manter união informal, pois não se pode interferir na esfera jurídica alheia sem a aquiescência do outro, que, de certo modo, seria não só beneficiado com os efeitos do bem de família, mas também ficaria em estado de sujeição ao que o novo regime jurídico lhe impõe (v.g. poder-dever de administração comum do bem de família, salvo disposição contrária do ato de instituição: art. 1.720 do CC)."

"E, nesse particular, a unitas actus, própria da escritura pública – a exigir a 'presença simultânea dos figurantes', como 'condição sine qua non de validade do ato' (PONTES DE MIRANDA, Conceito e importância da unitas actus no direito brasileiro (escrituras públicas, actos solenes, testamento). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1939, p. 10-11) –, também não está observada." (grifos no original).

"Deste modo, embora por fundamentos diversos da r. sentença, manifesta--se, no caso, a irregistrabilidade do título, em razão da imperfeição da escri-

<sup>8.</sup> No caso dos autos, a escritura de bem de família que se pretendia registrar não indicava a entidade familiar, sendo que o interessado tentou complementar o título, alegando conviver em união estável homossexual, mediante a apresentação em apartado de declaração nesse sentido. O indeferimento pelo motivo da inobservância da "unitas actus" se deu pelo fato de o companheiro não ter participado da escritura pública, tendo o interessado obtido a sua manifestação por meio de declaração particular separada, na esperança de complementar o título, o que não se admite (a intervenção do companheiro deveria ter se dada no âmbito do ato notarial).

tura pública de instituição de bem de família, omissa em elementos essenciais para a pretensão registrária rogada (falta de indicação da entidade de família beneficiada com a instituição e falta de anuência, no ato notarial, daquele com quem o apelante afirma manter união informal), questão formal de precedência lógica à questão material antes ventilada (admissibilidade, ou não, de bem de família em união homossexual)."

Em resumo, o princípio da "unitas actus" prevê a necessidade de haver unidade material do ato e unidade temporal, de sorte que haja desde a lavratura (= lançamento do ato no livro de notas), passando pela leitura e se encerrando com a subscrição pelas partes e o tabelião, copresença simultânea dos figurantes do ato ou negócio jurídico, sem interrupções de maior monta, capazes de influir negativamente sobre a vontade das partes ou a segurança do ato, sob pena de nulidade.

### 2.4. A aplicabilidade do princípio da "unitas actus" na praxe notarial moderna

Nos dias de hoje, a vida das pessoas é marcada pela alta intensidade e pela enorme quantidade de compromissos e de eventos que se sucedem, sobrando, efetivamente, pouco tempo livre. Seja em razão da rotina profissional, seja pela rotina de cursos e estudos, devidos, grandemente, pela necessidade de ser cada vez mais qualificado para conseguir boas colocações no mercado de trabalho, as pessoas se encontram assoberbadas.

Por força disso, proliferam-se cursos expressos, academias em apenas 30 minutos, redes de "fast food", vida digital, dentre outros. É fato que, na maior parte dos centros urbanos, o tempo é um bem raro e precioso, que a pessoa precisa valorizar, no intuito de melhor otimizá-lo e aproveitá-lo.

Tendo em vista essa agitação da vida moderna, por vezes, é muito difícil conciliar um horário para as pessoas se encontrarem e comparecerem ao cartório, no intuito de celebrar o ato ou negócio jurídico, subscrevendo a escritura correspondente. É difícil conseguir, muitas vezes, com que uma única pessoa encontre uma brecha em seu horário; conseguir com que duas, três ou dez achem a brecha e que suas brechas sejam compatíveis pode, em certos casos, ser quase impossível.

Claro que nem sempre é assim. Existem também diversas situações em que as pessoas conseguem se programar, encontrar um horário e comparecer juntas ao cartório de notas. Essas pessoas não têm com que se preocupar relativamente ao princípio da "unitas actus", visto que comparecerão simultaneamente perante o tabelião competente, assistirão à lavratura do ato, ouvirão a leitura e o subscreverão.

Todavia, as pessoas altamente ocupadas, assoberbadas entre os inúmeros compromissos profissionais, viagens, cursos e vida social encontram muitas dificuldades em concretizar o ato notarial pretendido, justamente em virtude dessa dificuldade de se ajustar os horários e se obter a copresença simultânea de todas. Outrossim, quando são inúmeros os figurantes no ato a ser lavrado, torna-se mais difícil de se encontrar os horários compatíveis com a agenda de todos. Quanto maior o número de pessoas envolvidas, maior será a dificuldade de se conciliar a presença simultânea.

Esses indivíduos encontrarão muita dificuldade em ajustar a data da efetiva "lavratura" da escritura pretendida, o que pode gerar atrasos desagradáveis e incompatíveis com a velocidade das relações modernas. Para elas, o princípio da "unitas actus" representa mais um entrave do que um benefício. Ganham, talvez, em segurança jurídica, mas perdem em celeridade, simplicidade e concretização do negócio.

Obviamente que elas teriam a opção de fazer uma procuração no horário que estivessem livres, de modo que sua presença pessoal ao ato estaria dispensada. Contudo, obrigar a pessoa que não consegue encontrar um horário compatível para assinar a escritura a outorgar uma procuração, além de burocrático, envolve definir a qual delas caberá o ônus de nomear o mandatário e de arcar com os pertinentes emolumentos, o que pode ser fonte de controvérsias, caso a incompatibilidade de horários seja de ambas. Essa medida, portanto, representa acréscimo de custos à operação, dificultando a celebração do negócio.

Por outro lado, basta ver que o mandante expressará sua vontade na outorga da procuração, relativamente ao negócio que se pretende realizar, cabendo ao procurador meramente "repetir" ou manifestar de modo formal e em momento posterior a mesma vontade. Nesse aspecto, exige-se dupla manifestação de vontade – primeiro, a do negociante; depois, a do procurador. E essa dupla manifestação, com custos adicionais, decorre apenas e tão somente da impossibilidade de o mandante comparecer no mesmo dia e horário no cartório juntamente com o outro figurante. Se fosse aceita a manifestação de vontade dos figurantes em momentos distintos diretamente no ato notarial pretendido, o

<sup>9.</sup> Não se nega, evidentemente, a utilidade e a conveniência de se fazer uma procuração. Em muitos casos ela é a única solução viável. Porém, exigi-la apenas como forma de cumprir a "unitas actus", para pessoas que estão na mesma cidade e podem se deslocar ao cartório, embora não no mesmo horário, seria, a nosso ver, privilegiar o formalismo, acrescendo custos à operação e dificultando a realização direta do negócio pelas partes.

problema, em princípio, estaria resolvido e as partes poderiam celebrar o negócio sem a necessidade de formalidades adicionais.

Nesse aspecto, o princípio da "unitas actus" representa, muitas vezes, um fator de entrave à lavratura dos atos notariais, gerando o atraso na prática do ato, ou, mesmo, o acréscimo de formalidades burocráticas, com custos adicionais ao figurante no ato. Diante desse contexto, exsurge a questão: a "unitas actus", hoje, é realmente obrigatória e necessária nas escrituras públicas?

Com relação à obrigatoriedade, o fundamento legal da exigência repousa no art. 215, § 1.°, VI, do Código Civil, que demanda a declaração de ter sido lida a escritura na presença das partes ou de que todos a leram. Entretanto, como se pode ver do texto legal, o preceptivo em nenhum momento exige, de forma clara e expressa, a simultaneidade das partes no ato de leitura. Ora, pode-se, sem maior dificuldade, ler a escritura na presença das partes em dois momentos distintos, cumprindo-se a exigência legal.

E, se a lei não exige expressa e especificamente a "unitas actus", não é possível, por meio de uma interpretação que atenda às necessidades da época em que vivemos, dispensá-la? Parece-nos que sim. Por certo que será sempre preferível que o ato seja lavrado, lido e subscrito na presença simultânea de todos os envolvidos, porém não se pode tolher a possibilidade de, nos casos em que suas especificidades o reclamem, haver leitura e subscrição sucessivas, em momentos distintos.

É evidente que essa situação – subscrição da escritura dispensando a "unitas tempus" –, aumenta a responsabilidade do tabelião, porque a ele caberá fiscalizar e zelar energicamente pela correta manifestação de vontade das partes e da materialização do negócio entabulado.

Em suma, o princípio da "unitas actus" decorre, não de uma exigência expressa e clara de um dispositivo legal, mas sim de uma interpretação de um texto normativo, que comporta outras exegeses, sendo a interpretação "restritiva" privilegiada muito em decorrência da tradição de nosso direito, que remonta à época das Ordenações, e da praxe notarial (esta, entretanto, vem se modificando e se modernizando).

Com relação à segunda questão: a "unitas actus" é realmente necessária hoje nas escrituras públicas, parece-nos que tem a mesma sorte da primeira.

<sup>10.</sup> Chaves e Rezende (2013, p. 72) apontam inexistir previsão legal para a necessidade de unidade do ato negocial.

A história demonstra ter havido uma crescente valorização das atividades do tabelião e de sua pessoa, como profissional.

Na realidade, a fé pública que se atribui ao tabelião não surgiu das leis que a previram; foi, antes, a sociedade que conferiu fé aos documentos notariais, dado que os notários atuavam com imparcialidade e com a característica de exprimirem com veracidade dos acontecimentos (BRANDELLI, 2002, p. 193).

Inicialmente mero redator com caráter autenticante dos fatos ocorridos em sua presença, o tabelião evoluiu, diante da complexidade das relações jurídicas, tornando-se um profissional do direito, que, além de redigir os instrumentos, faz a qualificação jurídica do ato, assessora as partes, atua com imparcialidade – trata-se do típico notário do tipo latino (BRANDELLI, 2002, p. 193). A atuação notarial moderna é marcada por quatro caracteres: imparcial, jurídica, cautelar e pública (BRANDELLI, 2002, p. 193).

A atuação imparcial demonstra que o notário não serve a uma das partes especificamente ou ao seu cliente que solicitou o serviço; ele serve ao ato, cuidando de proteger as partes com igualdade, afastando a possibilidade de enganos, decorrentes da ignorância ou mesmo má-fé (BRANDELLI, 2002, p. 194). Não só isso: o tabelião zela para que o ato obedeça ao Direito e para que a vontade real das partes seja manifestada (BRANDELLI, 2002, p. 194). Trata-se da polícia jurídica notarial.

A sua atuação, também, é cautelar, visto que lhe compete evitar os litígios, garantindo a perfeição dos atos jurídicos, a ausência de vícios (BRANDELLI, 2002, p. 195). Como sintetiza Brandelli (2002, p. 196):

"Aí está, portanto, o fundamento, a beleza e a importância da atuação notarial: a intervenção estatal, através de um agente delegado, na esfera do desenvolvimento voluntário do direito vislumbrando a certeza e segurança jurídicas preventivas, evitando litígios, acautelando direitos, dando certeza às relações e sendo portanto um importante instrumento na consecução da paz social."

Reconhecendo essas características da atuação notarial e da confiança que é merecedor o tabelião, como profissional do direito, o legislador, com o passar do tempo, dispensou a necessidade da presença de duas testemunhas em toda e qualquer escritura (o que ocorria na vigência das Ordenações), bem como permitiu, com a Lei 11.441/2007, que o notário lavrasse escrituras públicas de inventário e partilha, de separação e de divórcio, atos notadamente complexos e de acentuado cunho jurídico.

Assim, é de se notar: frente a uma atuação dotada com essas características (imparcialidade, juridicidade, cautelaridade e publicidade), realizada por um profissional do direito, concursado, rigorosamente fiscalizado pelo Poder Judi-

ciário, realmente não se visualiza a necessidade efetiva de se exigir o comparecimento conjunto e simultâneo das partes para "policiar" a atuação do tabelião ou da outra parte. É o tabelião, estejam presentes ambas as partes ou não, que zelará com imparcialidade pela licitude e correção do ato, e pela correta e livre manifestação de vontade.

Os instrumentos particulares não demandam a "unitas actus" sob o prisma da unidade do tempo (copresença simultânea), sendo válidos independentemente de serem preenchidos por etapas e subscritos em momentos diversos. No caso das escrituras públicas, exigidas como forma obrigatória pelo legislador em atos e negócios jurídicos de maior complexidade e relevância, temos a dizer que não é a "unitas actus" que garante a superioridade da forma pública sobre a privada, desprovida da obrigatoriedade da unidade. É, sim, a ocorrência da intervenção do tabelião no ato que garante a maior segurança jurídica, intervenção que, marcada pela juridicidade, cautelaridade e imparcialidade, imprime ao instrumento maior confiabilidade, maior perfeição e menor possibilidade de estar acometido por vícios, jurídicos ou de vontade.

E não só os caracteres da função tabelioa citados que garantem a superioridade da escritura pública sobre o escrito particular, mas também o atributo da fé pública. Os tabeliães são os "profissionais da fé pública", visto que sua função é "testemunhar" determinados fatos e realidades, com relevância jurídica, dando-lhe a forma adequada e a autenticidade (AMADEI, 2014, p. 47). Nesse aspecto, o tabelião é "o terceiro qualificado que presencia e testifica publicamente fatos jurídicos, especialmente os negócios jurídicos privados, em forma jurídica adequada." (AMADEI, 2014, p. 47).

Aliás, a "escritura pública, por isso, *re*-presenta em forma documental e narrativa, lavrada pelo Tabelião de Notas, a *re*-presentação da vontade negocial dos declarantes: em outros termos, os declarantes manifestam a vontade negocial na presença do Notário (testemunha qualificada do ato jurídico), e, então, ele *re*-produz em forma escrita adequada o que colheu pelos seus sentidos." (AMADEI, 2014, p. 47).

Em síntese, o valor do ato público reside, efetivamente, no fato de a manifestação de vontade ser verificada (*rectius*, testemunhada), qualificada, e instrumentalizada pelo tabelião, profissional do direito, mediante o assessoramento das partes e a lavratura correta, fiel, imparcial e jurídica do ato que estas pretendem, com vigoroso controle de legalidade e a busca pela perfeição do ato, visando afastar, de modo cautelar, a ocorrência de litígios. No tabelião – com seus deveres, suas prerrogativas e sua fé –, é que reside o efetivo diferencial do instrumento público notarial.

Diante da atuação desse profissional, o tabelião, o instrumento público terá a necessária segurança jurídica tanto se lavrado com a copresença simultânea, quanto se lavrado com subscrição em momentos diversos (presença sucessiva), já que será a atuação notarial, com observância de seus caracteres típicos, sob a chancela da fé pública, que assegurará a correção e veracidade do ato, sendo evidente que, se houver algum erro ou distorção, a parte poderá prová-lo e impugnar o instrumento.

Nesse aspecto, inexiste qualquer "necessidade" de se manter o princípio da "unitas actus" – a dispensa da unidade do ato não representará nenhum desvalor a escritura, que terá sua garantia na fé pública do tabelião,<sup>11</sup> e nos princípios e deveres que regem a atividade tabelioa. A crescente valorização do tabelião na evolução legislativa demonstra que a tendência é privilegiar sua fé pública e sua atuação, dispensando medidas (burocráticas) de cautela adicional (testemunhas, homologação judicial etc.).

Nessa linha, a melhor interpretação a se conferir ao Código Civil (art. 215) é no sentido de que a escritura pública não requer, como imperativo de validade, a observância da "unitas actus", já que sua correção e validade se apoiam na atuação do tabelião com juridicidade, cautelaridade e imparcialidade, e na sua fé pública, reconhecida no art. 3.º da Lei 8.935/1994.

Chaves e Rezende (2013, p. 72), de certa forma propondo uma solução ao impasse, defendem que o princípio da unidade do ato deveria ser interpretado como princípio da unidade instrumental, pois, além de a vida moderna ser agitada no que tange às contratações, inexiste previsão legal para a unidade do ato negocial. Tratando o princípio como unidade instrumental, seria entendido que, uma vez lavrado, lido e subscrito o instrumento por qualquer um dos interessados, não poderia mais haver alteração em seu conteúdo, sob a alegação de outro interessado (CHAVES; REZENDE, 2013, p. 73). Aceitam eles, assim, que a subscrição do ato ocorra em momento diverso, mas, por força da necessidade de unidade instrumental, após a primeira assinatura, não se admitiria nenhuma outra modificação ao teor do ato.

Não só a doutrina se encaminha para a nova interpretação das solenidades notariais, privilegiando a fé pública e simplificando o procedimento, mas também o Poder Judiciário, na sua atuação como fiscal dos serviços notariais,

<sup>11.</sup> A fé pública, inclusive, é inseparável do tabelião como profissional, já que corresponde, no seu sentido próprio, à "qualidade atribuída à testemunha autorizada (legitimada), que testifica, com autoridade, fatos que conhece por sua própria percepção." (AMADEI, 2014, p. 50).

tem modernizado a praxe tabelioa, adaptando-a à época atual, reconhecendo as necessidades da vida moderna, bem como a ausência de exigência clara e expressa da legislação no sentido da obrigatoriedade da "unitas actus" nas escrituras públicas.

Nesse passo, o Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria Geral da Justiça do Paraná autoriza os tabeliães a lavrarem a escritura pública e a colherem as assinaturas em momentos distintos, fixando prazo, entretanto, para a perfectibilização do ato, como se pode ver do art. 675, *in verbis*:

- "Art. 675. Não sendo possível a complementação imediata da escritura pública, com a aposição de todas as assinaturas, serão os presentes cientificados, pelo notário ou por seu escrevente, de que, decorrido o prazo de 30 (trinta) dias, a escritura será declarada incompleta."
- "§ 1.º O prazo previsto no artigo antecedente deverá ser contado a partir da data designada para as assinaturas, que não excederá a 15 (quinze) dias, contados da data do protocolo."
- "§ 2.º Caso alguma das partes não compareça ao ato, o notário poderá colher a assinatura da parte que estiver presente, devendo, então, notificar a outra parte por correspondência com Aviso de Recebimento (AR)."
- "I Em qualquer hipótese, o recolhimento das receitas devidas ao Funrejus deverá ser efetuado até o momento da lavratura da escritura pública, na qual deverá constar o respectivo valor, data de pagamento e o número da respectiva guia."
- "§ 3.º Para a convalidação da escritura, o notário deverá lavrar escritura de ratificação, aproveitando o ato praticado, e a parte que não compareceu na data designada para assinatura deverá assumir a responsabilidade civil e criminal pelas declarações inseridas na nova escritura."
- "§ 4.º Havendo qualquer dúvida, ou não podendo entrar em contato com qualquer das partes envolvidas no ato, o notário deverá abster-se de lavrar a escritura de ratificação, sob pena de responsabilidade."
- "§ 5.º O notário deverá anotar a lavratura da escritura de ratificação junto à escritura anteriormente declarada incompleta, revalidando o ato."
- "§ 6.º Ocorrendo a hipótese de o ato ser declarado incompleto, este fato deverá ser consignado no termo de encerramento do respectivo livro."
- "§ 7.º Salvo ordem judicial, é vedada, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal, a extração de traslados e certidões de atos ou termos incompletos, devendo constar expressamente do documento a anotação sobre a incompletude do ato."

Também as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo encamparam posicionamento similar ao ora exposto, possibilitando aos tabeli- aes lavrar a escritura e colher as assinaturas em momentos distintos, sem a necessidade de "unitas tempus", como se vê do item 52.2 do capítulo XIV, in verbis:

"Lavrada a escritura pública, a coleta das respectivas assinaturas das partes poderá ocorrer em até 30 dias, e nessas hipóteses as partes deverão apor ao lado de sua firma a data e o local (o mesmo da lavratura ou o endereço completo se for diverso) da respectiva subscrição." <sup>12</sup>

Note-se que a previsão normativa de se apor ao lado da assinatura a data e o efetivo local da subscrição representa medida muito salutar, que reforça a fé pública do ato notarial, assim como sua transparência.

Assim, ao que se afigura, a praxe notarial moderna se encaminha para a dispensa da exigibilidade da "unitas actus" na escritura pública, como exemplificam as Normas Extrajudiciais do Paraná e de São Paulo, o que vem ao encontro das necessidades atuais de dinamicidade das relações contratuais e do clamor para simplificação das formalidades, possibilitando a celebração do ato público nos diversos casos, ainda que não haja comparecimento simultâneo.

Essa nova praxe notarial, que já era reclamada pelos profissionais do direito, e atualmente vem contando com autorização normativa, não viola a Lei, pois, como visto, o Código Civil não é absolutamente expresso em exigir a "unitas actus", bem como a ausência desta não representa qualquer desvalor à escritura pública, que continua a gozar da mesma segurança e prestígio. Ao contrário, configura-se como medida salutar, que merece aplausos, pois facilita a formalização das relações jurídicas, com considerável desburocratização, sem se descurar, entretanto, da segurança e certeza peculiares aos instrumentos públicos.

# 3. Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi analisar o princípio da "unitas actus" relativamente ao que ocorre na praxe notarial moderna, examinando sua aplicabilidade e necessidade no contexto das escrituras públicas.

<sup>12.</sup> O Provimento CG 08/2015 autorizou inicialmente a lavratura de escritura sem a obrigatoriedade da observância da "unitas actus", referindo-se à necessidade de se apor a data de cada assinatura, mas silenciando quanto à menção ao local da assinatura, se diverso do da lavratura. Foi o Provimento CG 45/2015 que trouxe a exigência de se apor o local da subscrição ao lado da assinatura.

O princípio da "unitas actus" da escritura pública consiste na exigência, para validade plena do ato, que haja a copresença simultânea das partes, vedada a descontinuidade ou interrupções de grande monta, desde o momento da lavratura (= lançamento do ato no livro de notas), passando pela leitura de seu teor e se encerrando com a subscrição pelas partes e pelo tabelião, completando a escritura pública como ato jurídico perfeito.

O tema é deveras importante, porque a aludida exigência, se pertinente, como solenidade essencial, representa condição de validade do instrumento público, de sorte que a leitura e subscrição do ato pelas partes em momentos distintos acarreta a sua nulidade.

Atualmente, em tese, a necessidade de "unitas actus" repousa na interpretação do disposto no art. 215, § 1.º, VI, do Código Civil, que exige a declaração de ter sido lida (a escritura) na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram. Interpretação esta que se assenta especialmente na tradição de nosso Direito, que remonta às Ordenações Filipinas, e na praxe notarial.

O objetivo do princípio seria conferir maior segurança e fidelidade ao ato notarial, assegurando a manifestação de vontade livre de enganos, dolo ou coação, de sorte que as partes fiscalizariam as declarações umas das outras e o teor do texto consignado no instrumento.

Na vida moderna, entretanto, os inúmeros compromissos, a dificuldade de se conciliar as agendas das partes para comparecerem simultaneamente ao cartório para assistir à lavratura, ouvir a leitura e subscrever a escritura, e a agitação própria da época em que vivemos tornam difícil por vezes o cumprimento da exigência da unidade do ato, sendo que, se ela fosse dispensada, o ato seria lavrado com maior facilidade e celeridade.

Nesse contexto, verifica-se que a obrigatoriedade da "unitas actus" não encontra amparo expresso e claro no texto legal, bem como que a sua efetiva "necessidade" para garantir a higidez do ato notarial é altamente questionável, considerando a evolução histórica da importância e valorização da atuação do tabelião.

Com base no estudo empreendido, concluímos que inexiste qualquer "necessidade" de se manter o princípio da "unitas actus" – a dispensa da unidade do ato não representará nenhum desvalor a escritura, que terá sua garantia na fé pública do tabelião, e nos princípios e deveres que regem a atividade tabelioa. A manutenção da exigência iria, inclusive, contra a tendência de crescente valorização do tabelião nas alterações legislativas, que privilegiaram sua fé pública e sua atuação, dispensando medidas (burocráticas) de cautela adicional (testemunhas, homologação judicial etc.).

Nessa linha, a melhor interpretação a se conferir ao Código Civil (art. 215) é no sentido de que a escritura pública não requer, como imperativo de validade, a observância da "unitas actus", já que sua correção e validade se apoiam na atuação do tabelião com juridicidade, cautelaridade e imparcialidade, e na sua fé pública, reconhecida no art. 3.º da Lei 8.935/1994.

A praxe notarial moderna se encaminha nesse sentido, de dispensar a "unitas actus", permitindo a assinatura da escritura pelas partes em momentos distintos, adequados à disponibilidade de tempo de cada um, como se pode ver das disposições do Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria Geral da Justiça do Paraná (art. 675) e das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (item 52.2 do capítulo XIV).

Essas disposições são inteiramente válidas, porque: a) inexiste lei obrigando expressamente a observância da unidade do ato; b) amparam-se em uma interpretação contextualizada do art. 215, § 1.º, VI, do Código Civil, consentânea com os anseios e as necessidades da sociedade moderna, privilegiando a fé pública do notário; e c) inexiste qualquer prejuízo à segurança jurídica ou desvalor à escritura pública, uma vez que sua força e valor residem, não na "unitas actus", mas sim na intervenção do tabelião, "testemunha" qualificada do ato, que atua de modo imparcial e preventivo, expurgando vícios e ilicitudes.

No particular, muito interessante é a previsão das normas paulistas no sentido de se exigir a menção, ao lado de cada assinatura, da data e do lugar em que foi lançada, aumentando a transparência e a correção do ato notarial, o que, sem dúvida, fortalece ainda mais a fé pública notarial, ao mesmo tempo em que confere plena segurança jurídica ao negócio entabulado.

Assim, as inovações normativas se configuram como medida salutar, que merece aplausos, pois facilita a formalização das relações jurídicas, com considerável desburocratização, sem se descurar, entretanto, da segurança e certeza peculiares aos instrumentos públicos.

Por fim, sublinhamos que a desnecessidade de "unitas actus" se refere à não obrigatoriedade de "unitas tempus", pois a unidade da escritura como instrumento é evidente, já que não se pode "fracionar" a escritura e lançá-la por partes no livro de notas; o que se admitiu é apenas que a leitura e a subscrição do ato por cada parte se dê em momentos diversos, de sorte que não é necessária a copresença simultânea dos figurantes.

Submetemos, assim, à comunidade jurídica este singelo trabalho, a fim de que as conclusões e teses decorrentes do estudo da matéria possam fomentar o debate sobre essa questão deveras interessante, que não tem merecido maior tratamento doutrinário.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- AMADEI, Vicente de Abreu. A fé pública nas notas e nos registros. *In*: YOSHI-DA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (org.). *Direito notarial e registral avançado*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 35-53.
- AMORIM, Sebastião Luiz; MELLO FILHO, José Celso de. Aspectos da escritura pública. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 1, p. 27-36, jan./jun. de 1978.
- AZEVEDO, José Mario Junqueira de. Manual dos tabeliães. São Paulo: Saraiva, 1975.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. Atas notariais. *In:* BRANDELLI, Leonardo. (coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- \_\_\_\_\_. Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 52, p. 165-208, jan./jun. de 2002.
- CASTRO, Sylvio Brantes de. *Nôvo manual dos tabeliães*. 5. ed. atual., aum. e com. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Éditora S. A., 1964.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e Registradores comentada. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, v. 1:* parte geral. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAMA, Affonso Dionysio. *Manual prático dos tabelliães de notas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1938.
- LAGO, Ivan Jacopetti do. O artigo 215 do Código Civil Brasileiro de 2002 e a "prova plena": Uma análise da eficácia probatória da Escritura Pública nas Ordenações Filipinas. *Revista de Direito Notarial*, São Paulo, v. 4, p. 85-101, 2013.
- NUNES, Antonio de Pádua. Da escritura pública: formalidades gerais formalidades especiais. *In*: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registros públicos*: aspectos gerais, registro civil das pessoas naturais, registro de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas e notas, registro de imóveis e notários. Coleção doutrinas essenciais: direito registral. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1972, t. I.
- \_\_\_\_\_. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000, t. III.

\_\_\_\_. *O conceito e a importância da* unitas actus *no Direito brasileiro*: Escrituras públicas, actos solenes, testamentos. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F. Editor, 1939.

### PESOUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- A forma, as formalidades e as fórmulas dos atos notariais, de Otávio Uchôa da Veiga Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/1253(DTR\2012\874);
- A função notarial na atualidade, de Leonardo Brandelli *RDI* 80/55-78(DTR\2016\19739); e
- Função notarial criadora de direito, de José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa *RDI* 52/209-263, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/511-573(DTR\2002\39).

## O ITBI NA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA

#### THE ITBI IN EXTRAILIDICIAL ADVERSE POSSESSION

#### Luiza Fontoura da Cunha Brandelli

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Barcelona/UB. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários/IBET. Advogada. Iuiza.brandelli@gpadilha.com.br

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Imobiliário e Registral

RESUMO: Pretende-se investigar a eventual incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na usucapião extrajudicial. O art. 1.071 do novo CPC inovou com a possibilidade de realização da usucapião por meio de processo administrativo a ser instaurado no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, busca--se analisar se referida novidade legislativa tem o condão de alterar a natureza jurídica da usucapião e, consequentemente, de enquadrá--la na hipótese de incidência do tributo em questão. Faz-se, assim, preliminarmente, uma análise do fato jurídico tributário e da hipótese de incidência do imposto sobre a transmissão de bens imóveis, para posteriormente avaliar se a usucapião administrativa se enguadra na previsão legal e constitucional necessárias ao surgimento da obrigação tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) – Fato jurídico tributário – Usucapião administrativa – Natureza jurídica – Forma de aquisição de direitos reais imobiliários.

ABSTRACT: This work aims to investigate the possible impact of the Real Estate Transfer Tax (ITBI) on extrajudicial special adverse possession (usucaption). The Code of Civil Procedure innovated with the possibility of realization of usucaption through an administrative process to be established by the Real Estate Registry Office. as set out in art. 1071. This way, it seeks to examine whether this legislative novelty has the power to change the legal nature of the usucaption and, consequently, if it corroborates the hypothesis of incidence of the tax (ITBI) in question. Therefore, preliminarily, an analysis of the tax legal fact and that of the hypothesis of the incidence of the tax over the transfer of real estate is done to further evaluate if the administrative usucaption proposal fits these legal and constitutional provisions, which are essential to the birth of a tax liability.

**KEYWORDS:** Real Estate Transfer Tax (ITBI) – Taxable event – Administrative usucaption – Legal nature – Procedure for acquisition of real estate rights of proprerty.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). 3. A aquisição de direitos pela usucapião. 3.1. A usucapião administrativa. 4. A ausência de fato imponível para o ITBI na usucapião. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

O presente estudo pretende averiguar se a inclusão do art. 216-A à Lei de Registros Públicos pelo novo Código de Processo Civil – que prevê a possibilidade de reconhecimento da usucapião por meio de processo administrativo no Cartório de Registro de Imóveis – gerou fato jurídico apto a fazer incidir o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Promove-se, então, uma análise dos dispositivos legais e constitucionais que tratam de referido imposto municipal, bem como dos requisitos essenciais para que se configure a sua hipótese de incidência.

Posteriormente, apresentam-se algumas considerações sobre o instituto da usucapião, de sua natureza jurídica, características, modalidades, bem como do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da incidência do ITBI na usucapião judicial.

Ainda sobre a usucapião, são analisadas as características da nova possibilidade apresentada pelo novo Código de Processo Civil, em especial para verificar se a alteração do procedimento de declaração da usucapião tem a capacidade de alterar sua característica fundamental, que é de ser forma de aquisição originária da propriedade.

Finalmente, pretende-se responder ao questionamento proposto a respeito da incidência do imposto sobre a transmissão dos bens imóveis neste novo procedimento extrajudicial de usucapião.

# 2. O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

Antes de adentrar ao tema proposto, é preciso ter clara premissa fundamental do Direito Tributário, muito bem sintetizada por Hensel: "O comando: deves pagar imposto é sempre condicionado à frase: se realizas o fato imponível".<sup>1</sup>

É apenas sob essa perspectiva que se pode avaliar o nascimento da obrigação tributária. Nesse sentido, passa-se a analisar o fato jurídico tributário e a hipótese de incidência do Imposto sobre a Transmissão dos Bens Imóveis (ITBI).

Sobre esses dois institutos do Direito Tributário, valiosos são os ensinamentos do mestre Geraldo Ataliba, que explica: "A h.i. é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é o seu desenho)".

<sup>1.</sup> Apud ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. Malheiros: 2012, p. 46.

"É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso, é mera 'previsão legal' (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral)."

E sobre o fato imponível² esclarece: "Fato imponível é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal – dá nascimento à obrigação tributária".

O fato gerador é tratado no CTN nos arts. 114 ao 116. O art. 114 dispõe que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Note-se que, ao fixar como pressuposto do fato gerador situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, o legislador nos remete à necessidade de subsunção do fato à norma. Estabelece, assim, a obrigação de que o fato ocorrido configure-se rigorosamente na previsão hipotética prevista na lei, obedecendo ao princípio da tipicidade estrita que rege as obrigações tributárias.

Estabelecidas estas premissas, cumpre-se averiguar a hipótese de incidência e o fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis.

O ITBI, inicialmente, era tributo de competência dos Estados, com previsão no art. 35 do CTN:

"Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III – a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários".

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988, a competência para instituição de referido tributo foi repassada aos Municípios, como se verifica no art. 156:

<sup>2.</sup> São utilizadas diferentes nomenclaturas pela doutrina para se referir ao fato imponível, tais como "fato gerador" e "fato jurídico tributário". Sobre o tema, recomenda-se a leitura da doutrina de Paulo de Barros Carvalho, em especial do livro *Direito Tributário*: fundamentos jurídicos da incidência.

"Art. 156. 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;".

Para análise da incidência do imposto na usucapião, interessam os fatos geradores previstos nas duas primeiras hipóteses do artigo 156 da Constituição (e nos incisos I e II do art. 35 do CTN). Nesses casos, verifica-se que o critério material de incidência do ITBI baseia-se na efetiva transmissão *inter vivos* de bens imóveis e de direitos reais sobre estes bens, sendo necessário, ainda, que referida transmissão se dê por ato oneroso.

Assim, são diversas as limitações impostas à concretização da hipótese de incidência do imposto sobre a transmissão de bens imóveis.

É preciso observar também que os dispositivos legais que tratam da matéria se utilizam de diversos conceitos provenientes do Direito Civil, como é o caso das expressões "transmissão de bens imóveis", "bens imóveis", "acessão física", "direitos reais" etc.

O art. 110 do CTN é claro ao estabelecer que:

"A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

A lei tributária, portanto, não poderá estender estes conceitos a fim de possibilitar a incidência de tributos.

É preciso verificar então qual o conceito conferido pelo direito privado à transmissão de bens imóveis e de direitos reais sobre os bens imóveis e está claro que a transmissão imobiliária pressupõe manifestação de vontade, que se dá pela realização de negócio jurídico apto a gerar obrigações entre as partes.

Nas palavras de José Jayme de Macedo Oliveira: "(...) a transmissão imobiliária sujeita ao ITBI decorre da vontade manifestada entre o titular anterior (transmitente) e o novo titular (adquirente ou cessionário), além da exigência de onerosidade".<sup>3</sup>

<sup>3.</sup> OLIVEIRA. Jayme de Macedo. *Impostos Municipais*: ISS, ITBI, IPTU. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260.

Para falar-se em transmissão imobiliária é indispensável que haja manifestação de vontade, celebração de negócio jurídico que gere obrigação entre as partes e a existência de onerosidade no negócio realizado. Isto é, transmissão não gratuita, que exige bilateralidade e gera obrigação para todos os partícipes da transação.

E, consequentemente, para a realização da hipótese de incidência do ITBI deve ocorrer o ato de transmissão, praticado *inter vivos*, onerosamente, e relativamente a bem imóvel ou direitos reais sobre estes bens (exceto os de garantia).

Registre-se, por fim, que, para que ocorra a transmissão da propriedade imobiliária, é preciso que haja o registro do título no Registro de Imóveis.<sup>4</sup>

## 3. A AQUISIÇÃO DE DIREITOS PELA USUCAPIÃO

Como sabido, a usucapião é instituto pelo qual se adquirem direitos reais imobiliários, em razão da posse no transcorrer do tempo, uma vez atendidos os requisitos previstos na legislação de regência para cada uma de suas espécies. Uma vez atendidos esses requisitos legais, adquirido estará o direito real usucapido.

Referida aquisição da propriedade pode ocorrer por meio judicial ou administrativo, esta última possibilidade incluída no sistema jurídico brasileiro por meio do art. 1.071 do novo CPC, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.6

<sup>4.</sup> Art. 1245 CC. "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

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

<sup>§ 2.</sup>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".

Registre-se, como bem assevera Leonardo Brandelli, que "(...) não apenas o direito de propriedade pode ser objeto da aquisição por usucapião. (...)

Assim, as servidões aparentes, o usufruto, o uso a habitação e o domínio útil também poderão ser objeto de usucapião. Haverá que se perquirir a respeito de que direito real é refletido na posse daquele que adquire pela usucapião, porque será este o direito adquirido". (BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. Saraiva: 2015, p. 34).

<sup>6.</sup> Já havia previsão de procedimento de usucapião administrativa ou extrajudicial na Lei 11.977/2009, mas essa possibilidade era limitada a situações de regularização fundiária de interesse social.

A aquisição de bens imóveis e de direitos reais sobre estes bens, por meio da usucapião, pode se dar pela usucapião ordinária, extraordinária, especial urbana, especial rural e especial indígena e, agora, não apenas por meio de um procedimento judicial, mas também administrativo.

Sobre a natureza jurídica do instituto, por sua adequação e clareza, transcreve-se o magistério de Leonardo Brandelli, que esclarece:

"A natureza jurídica da sentença que reconheça a aquisição é meramente declaratória do direito adquirido, e não constitutiva. Visa apenas possibilitar a aquisição de um título para o registro. Neste sentido é constitutiva, do título registrável.

O registro da usucapião declarada é igualmente declarativo, isto é, não constituiu o direito real, como acontece com os direitos reais adquiridos negocialmente, por ato *inter vivos*.

O registro, embora não o constitua, lhe confere oponibilidade erga omnes, isto é, absolutividade, bem como disponibilidade enquanto um direito real".

Ademais, atualmente não restam dúvidas de que a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, quer porque não prescinde de qualquer anuência ou concordância do titular anterior – ausentes, pois, a transmissão ou voluntariedade – quer porque não há negócio jurídico bilateral celebrado entre partes<sup>7</sup>.

Nesse sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010, no REsp 118.360/SP, em que se vê sedimentada essa questão. Confira-se:

"(...) a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade; ou seja, não há transferência de domínio ou vinculação entre o proprietário anterior e o usucapiente. Desse modo, satisfeitos os requisitos legais da usucapião (como a posse, o animus domini, o tempo e a inércia do proprietário), adquire-se o bem diretamente, sem a perquirição da idoneidade dos títulos outrora registrados. (...).

<sup>7.</sup> No REsp 207.167/RJ, o rel. Min. Sálvio de Figueiredo deixa consignado, inclusive que "com a usucapião, simplesmente extingue-se o domínio do proprietário anterior, bem como os direitos reais que tiver ele constituído, e sem embargo de quaisquer limitações a seu dispor". DJ 04.09.2001.
Sobre o tema registramos que o entendimento esposado no REsp acima pão é pacífica.

Sobre o tema, registramos que o entendimento esposado no REsp acima não é pacífico e indicamos a leitura de Leonardo Brandelli, que assegura "Em nosso sentir, pode ser, ou não, no caso concreto, libertadora a usucapião, a depender da posse exercida pelo usucapiente, do justo título, se houver, da publicidade registral existente, bem como do direito que se pretende libertar pela usucapião". (BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55).

A respeito, as seguintes ponderações feitas por Benedito Silvério Ribeiro, em sua obra Tratado de Usucapião:

A posse e o tempo concretizam uma situação fática que se estabelece independentemente do querer ou não querer do real proprietário. A causa fática foi a inércia do antigo possuidor ou proprietário em face da atualidade da posse do novo possuidor usucapiente. Não há liame, por menor que seja, entre a posse reconhecida ex novo e o direito do antigo titular. O que basta para a configuração é a análise da posse atual. Perfeita esta, constituída está a usucapião, na realidade de fato, surgindo a sentença como mera declaração judicial da mesma. Não havendo necessidade de se examinarem os títulos precedentes, visto que, por melhores que fossem, sucumbidos estariam diante da posse mansa e pacífica, de modo ininterrupto, pelo lapso legalmente previsto, estaremos, seguramente, diante de uma aquisição originária".

Assim, a posse deve ser suficiente para que se possa originalmente adquirir o bem. Já pacificado, portanto, que as condições estabelecidas para que haja transmissão do bem não estão presentes na usucapião.

Cumpre perquirir se a mera mudança no procedimento legal até então adotado, que, por escolha da parte, pode deixar de ocorrer ante o Poder Judiciário para dar-se no Cartório de Registro de Imóveis, altera, de alguma maneira, a forma de aquisição da propriedade na usucapião.

## 3.1. A usucapião administrativa

Como ressaltado, já havia previsão legal a viabilizar o reconhecimento da usucapião na esfera administrativa. Tal procedimento limitava-se, entretanto, às hipóteses trazidas na Lei 11.979/2009 para os casos de regularização fundiária de interesse social.

A possibilidade de declaração da usucapião extrajudicialmente para qualquer modalidade de usucapião em que não exista litígio, por meio de processo administrativo no Cartório de Registro de Imóveis, foi incluída ao nosso sistema jurídico pelo artn 1.071 do novo CPC, que acresceu o art. 216-A à Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

O art. 216-A<sup>8</sup> prevê os requisitos necessários para apresentação e processamento do pedido de usucapião extrajudicial.

<sup>8. &</sup>quot;Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

Seguindo o espírito de desjudicialização do novo Código de Processo Civil, referido dispositivo legal, busca privilegiar o processo administrativo

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usuapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

 III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

- § 1.º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.
- § 2.º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. § 3.º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.
- § 4.º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.
- § 5.º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.
- § 6.º Transcorrido o prazo de que trata o § 40 deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5.0 deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.
- § 7.º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.
- \$ 8.º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.
- § 9.º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião. § 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum".

em detrimento do judicial. Nesse sentido, a doutrina de Leonardo Brandelli<sup>9</sup> esclarece:

"O procedimento, que deveria ser sempre jurisdicional, passou a poder ser extrajudicial, parecendo, inclusive, que pretendeu o legislador tornar a forma extrajudicial a regra em matéria de usucapião amigável, fomentando-a, na medida em que a disciplinou pormenorizadamente, com mais fôlego até do que a disciplina que existia no Código de 1973, ao passo que deixou de tratar de maneira específica do procedimento de usucapião judicial, o qual, embora ainda sendo possível, e necessário em alguns casos, passou a estar englobado pelo procedimento processual comum".

Assim, as partes possuem agora a possibilidade de optar pelo procedimento de usucapião a ser adotado. Por certo que, uma vez escolhido o processo administrativo e, em razão dos princípios constitucionais que norteiam o acesso à jurisdição, o interessado ainda poderá buscar o resguardo do Judiciário.

A declaração administrativa da usucapião não produz litispendência nem coisa julgada.

O pedido de usucapião extrajudicial será apresentado perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que situado o imóvel usucapiendo, que deverá estar representado por advogado, devidamente instruído com os documentos relacionados no art. 216-A da Lei de Registros Públicos.

O primeiro deles é a ata notarial, 10 que deverá atestar o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso. Também deverá ser acostada planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Vale registrar que se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, haverá a notificação destas partes pelo registrador competente, para manifestação de seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias. Destaque-se: o silêncio será interpretado como discordância.

Algumas críticas já são apresentadas a esta exigência, no sentido de que o novo Código de Processo Civil foi muito conservador ao adotar o silêncio como dis-

<sup>9.</sup> BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

<sup>10.</sup> A ata notarial possui previsão no art. 384 do CPC: "Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial".

cordância e que melhor teria sido que mantivesse o entendimento adotado para as retificações extrajudiciais (arts.  $212^{11}$  e  $213^{12}$  da Lei de Registros Públicos), em que o silêncio do confinante notificado implica concordância tácita.

Dentre outros, 13 João Pedro Lamana Paiva 14 assegura:

"Restará, entretanto, um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamen-

- 11. "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".
- 12. "Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:
  - I de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de: (...)
  - § 2.º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. (...)
  - § 4.º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.
  - § 5.º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação. (...)".
- 13. Nesse sentido, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior sustenta: "Com a cautela legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento da efetividade. Um estudo estatístico que analise o número de retificações administrativas em comparação com o de contestações judiciais posteriores pode servir para confirmar a solução do novo artigo 216-A, ou para indicar a necessidade de sua reforma posterior". (ALBUQUERQUE JÚ-NIOR, Roberto Paulino de. O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil. Revista Conjur, 18.05.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito--civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil?]. Acesso em: 02.09.2016. Também Rodrigo Reis Cyrino: "O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. Da mesma forma, promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias". (CYRINO. Rodrigo Reis. Usucapião extrajudicial: aspectos práticos e controvertidos. Colégio Notarial do Brasil. Publicado em 14.03.2016. Disponível em: [www.notariado.org.br/index.php? pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzIwNA==]. Acesso em: 02.09.2016.
- 14. PAIVA, João Pedro Lamana. *A usucapião extrajudicial e outros temas importantes no novo CPC*. Disponível em: [www.irib.org.br/noticias/detalhes/a-usucapiao-extrajudicial-e-outros-temas-importantes-no-novo-cpc]. Acesso em 02.09.2016.

te discordância com a realização do procedimento (§ 2.º do art. 216-A), mas signifique indiferença às consequências de sua não manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese bastante recorrente no futuro, dada à forma como o procedimento foi concebido.

Temos convicção, por outro lado, de que as dificuldades encontradas na prática reiterada do procedimento, aliadas à possibilidade de que a matéria venha a ser regulamentada pelo CNJ – da mesma forma como ocorreu com a Lei 11.441/2007 – possam significar um aperfeiçoamento desse instituto que nasce das inovações trazidas pelo novel Código de Processo Civil".

Por fim, deverão ser acostadas ao pedido as certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que sobre ele incidirem.

O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado ou ao Distrito Federal e ao Município para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. Da mesma forma, promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

O art. 216-A, em seu § 6.º, mais uma vez reforça a necessidade de concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes para que se efetue o registro da aquisição do imóvel com as descrições apresentadas.

Tal dispositivo fortalece a imposição de que deve ocorrer a anuência expressa dos eventuais titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel, bem como dos confinantes para que se concretize a declaração de usucapião administrativa.

E é justamente esta imposição que tem levado ao questionamento acerca da eventual incidência do imposto sobre a transmissão de bens imóveis, já que a necessidade de anuência expressa dos titulares de direitos sobre os imóveis e dos confinantes poderiam configurar-se em requisito suficiente para que se possa falar em transmissão do imóvel.

É o que se passa a analisar no tópico a seguir.

## 4. A AUSÊNCIA DE FATO IMPONÍVEL PARA O ITBI NA USUCAPIÃO

Inicialmente, importa registrar que, em relação ao imposto sobre a transmissão de bens imóveis, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Fede-

ral que, ao reconhecer a usucapião como forma originária de aquisição da propriedade, a afastou do campo de incidência de referido imposto municipal. 15

Não poderia ser diferente, já que o que ocorre na usucapião é a prescrição aquisitiva, ou seja, a aquisição do direito material (direito real sobre um bem) pelo decurso do prazo legal estabelecido, que se consuma independentemente de qualquer outra coisa.

- 15. Nesse sentido, RE. 94.580-6/RS: Imposto de transmissão de imóveis. Alcance das regras dos arts. 23, inc. I da Constituição Federal e 35 do Código Tributário Nacional. Usucapião. A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão de propriedade do bem. À legislação tributária é vedada alterar "a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado" (art. 110 do CTN). Registro da sentença sem usucapião sem pagamento do imposto de transmissão. Recurso provido declarando-se inconstitucional a letra *h*, do inc. I, do art. 1.º da Lei 5.384, de 27.12.1966, do Estado do Rio Grande do Sul.
  - No mesmo norte, entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça: Civil e Processual Civil. Julgamento extra petita. Inocorrência. Ação reivindicatória. Título de propriedade. Sentença de usucapião. Natureza jurídica (declaratória). Forma de aquisição originária. Finalidade do registro no cartório de imóveis. Publicidade e direito de dispor do usucapiente. Recurso desprovido.
  - 1. Não há falar em julgamento extra petita, pois "cabe exclusivamente ao julgador a aplicação do direito à espécie, fixando as consequências jurídicas diante dos fatos narrados pelas partes consoante os brocardos da *mihi factum dabo tibi ius e jura novit curia*" (EDcl no REsp 472.533/MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 26.09.2005).
  - 2. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade; ou seja, não há transferência de domínio ou vinculação entre o proprietário anterior e o usucapiente.
  - 3. A sentença proferida no processo de usucapião (art. 941 do CPC) possui natureza meramente declaratória (e não constitutiva), pois apenas reconhece, com oponibilidade erga omnes, um direito já existente com a *posse ad usucapionem*, exalando, por isso mesmo, efeitos *ex tunc*. O efeito retroativo da sentença se dá desde a consumação da prescrição aquisitiva.
  - 4. O registro da sentença de usucapião no cartório extrajudicial não é essencial para a consolidação da propriedade imobiliária, porquanto, ao contrário do que ocorre com as aquisições derivadas de imóveis, o ato registral, em tais casos, não possui caráter constitutivo. Assim, a sentença oriunda do processo de usucapião é tão somente título para registro (arts. 945 do CPC; 550 do CC/1916; 1.241, parágrafo único, do CC/2002) e não titulo constitutivo do direito do usucapiente, buscando este, com a demanda, atribuir segurança jurídica e efeitos de coisa julgada com a declaração formal de sua condição.
  - 5. O registro da usucapião no cartório de imóveis serve não para constituir, mas para dar publicidade à aquisição originária (alertando terceiros), bem como para permitir o exercício do ius disponendi (direito de dispor), além de regularizar o próprio registro cartorial.
  - 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp. 118.360/SP, DJ 02.02.2011).

Questiona-se, então, se o advento do procedimento administrativo teria o condão de alterar a natureza jurídica da usucapião, que é declaratória da forma de aquisição originária de bens imóveis e direitos reais sobre os bens imóveis (exceto os de garantia).

Por óbvio que a decisão administrativa que reconhece a usucapião continua sendo declaratória e tem o efeito de tornar público o direito real adquirido.

A necessidade de anuência expressa de todos os titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo, bem como nas matrículas dos imóveis confrontantes com aquele, seria suficiente para alterar a usucapião como forma de aquisição originária de propriedade e entender-se pela ocorrência de transmissão do imóvel?

Como vimos, a ocorrência da efetiva transmissão por ato *inter vivos*, é condição indispensável para que se perfaça a hipótese de incidência do imposto. Necessário investigar, então, se a anuência expressa requerida pelo art. 216-A da Lei de Registros Públicos é suficiente para configurar a efetiva transmissão do bem.

Entendemos que não. Isso porque, independentemente de a lei ter previsto que é preciso que haja concordância expressa dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel, essa exigência não é bastante para gerar efetiva transmissão do bem, de acordo com o conceito que o direito privado estabelece para esse instituto.

Como visto, para que haja transmissão, é forçoso que se estabeleça um negócio jurídico entre as partes; partes maiores, capazes, que contraem obrigações recíprocas, dentre as quais encontra-se a transmissão da propriedade ou de direitos reais a ela inerentes. A bilateralidade é requisito essencial, assim como a transmissão é essencial para que se realize o fato gerador do tributo.

Está claro que o antigo proprietário não transfere a propriedade, mas a perde em favor do usucapiente. Isto é, o domínio não é transferido de um proprietário ao outro, o que ocorre é a extinção da condição de proprietário pela inércia do seu titular, que dá espaço a uma nova realidade, desvinculada da anterior, em que um terceiro adquire o domínio sobre o bem.

Não bastasse a ausência do núcleo essencial do fato jurídico tributário, qual seja o ato de transmitir, também não está presente na usucapião administrativa a onerosidade, outro requisito essencial para incidência do ITBI.

Infere-se, portanto, que se encontram ausentes elementos imprescindíveis para ocorrência do fato gerador do imposto municipal. A nosso ver, entendimento diverso não encontra guarida no sistema jurídico pátrio, quer no direito privado, quer no direito público e atenta contra conceitos e princípios constitucionais.

### 5. Conclusão

Do exposto, entendemos que o novo procedimento inserido pelo novo Código de Processo Civil para declaração da usucapião não tem o poder de mudar a natureza jurídica do instituto, ou de torná-la forma de aquisição derivada da propriedade.

E, ao continuar a ser forma de aquisição originária, a usucapião não se insere na hipótese de incidência do ITBI.

A ausência de transmissão, onerosa, *inter vivos*, do bem imóvel ou dos direitos reais sobre estes bens impede que surja a obrigação tributária. Não há fato gerador do tributo.

Esse é o entendimento atual consolidado sobre o tema no que diz respeito à usucapião judicial e deve continuar sendo quando a declaração da aquisição da propriedade se dê por meio de processo administrativo instaurado junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

O fato de o art. 216-A prever a necessidade de anuência expressa dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel não é suficiente para fazer nascer o ato de transmissão da propriedade. Referida concordância expressa seguramente não se consubstancia em negócio jurídico bilateral.

Ao considerar o fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis, previsto no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal, definitivamente não há como chegar à conclusão diversa.

## 6. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil. *Revista Conjur*, 18.05.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil?]. Acesso em: 02.09.2016.
- ALVIM, Arruda. A usucapião extrajudicial e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*, ano 38, vol. 79, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_\_. *Direito Tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- CYRINO. Rodrigo Reis. *Usucapião extrajudicial:* aspectos práticos e controvertidos. Colégio Notarial do Brasil. Publicado em 14.03.2016. Disponível em: [www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzIwNA==]. Acesso em: 02.09.2016.
- COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*, ano 38, vol. 79, 2015.
- GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*), ano 39, vol. 80, 2016.
- MIRANDA. Pontes, *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XI.1.192, I.
- OLIVEIRA. Jayme de Macedo. Impostos Municipais: ISS, ITBI, IPTU. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PAIVA, João Pedro Lamana. *A usucapião extrajudicial e outros temas importantes no novo CPC*. Disponível em: [www.irib.org.br/noticias/detalhes/a-usucapiao-extrajudicial-e-outros-temas-importantes-no-novo-cpc]. Acesso em: 02.09.2016.
- PESSANHA, Aline Abreu. A não incidência do ITBI nas aquisições de imóveis em arrematação judicial. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [www.emerj. tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\_22009/AlineAbreuPessanha.pdf] Acesso em: 05.05.2016.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A usucapião extrajudicial e o novo Código de Processo Civil, de Arruda Alvim RDI 79/15-31 (DTR\2016\20);
- O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião, de José Lucas Rodrigues Olgado – RDI 79/125-154 (DTR\2016\22);
- Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis, de Valestan Milhomem da Costa – RDI 79/155-177 (DTR\2016\24); e
- Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o novo Código de Processo Civil, de Guilherme Calmon Nogueira da Gama RePro 259/371-402 (DTR\2016\22781).

# A SISTEMÁTICA REGISTRAL IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL

THE LAND REGISTRY SYSTEMATIC BY THE PERSPECTIVE OF THE PUBLICITY PRINCIPLE

#### RAQUEL VIEIRA ABRÃO REZENDE

Pós-Graduação Lato Sensu / Especialização em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) – Universidade Estácio de Sá. Graduação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do RCPN do 1º Distrito de Angra dos Reis – RJ. raquelvarezende@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: Este artigo trata da sistemática registral imobiliária sob a perspectiva da publicidade registral dentro da metodologia civil--constitucional. Ante as evoluções legislativas e interpretativas ocorridas desde a publicação da Lei 6.015/73, verifica-se a necessidade de atualização da interpretação e aplicação das normas pertinentes ao tema, indo ao encontro de sua função, sob pena de manter-se a aplicação do direito afastada da realidade social. Almeja-se revigorar os institutos e a sistemática registral, demonstrando que é necessário ao intérprete e operador do direito valer-se da integração e de mecanismos de incentivo, prevenção e segurança jurídica, superando antigos dogmas, a fim de aproximar a realidade normativa da econômica, jurídica e novas demandas sociais. Evidenciar, à luz de uma nova perspectiva, que o direito registral imobiliário tem uma função social a ser desempenhada não podendo ficar adstrito apenas ao aspecto burocrático e formal de sua estrutura.

Palavras-chave: Sistemática registral imobiliária – Princípio da publicidade registral – Boa-fé objetiva – Legitimação e fé pública registral.

**Abstract:** The following article is an approach to the real estate registration system under the perspective of registration publicity using the civil-constitutional methodology. The legislative and interpretative evolutions that occurred since the publication of the law no 6.015/73 indicate the need of an upgrade of the interpretation and the application of rules concerning the theme, according to its function, under the risk of furthering social reality from the application of the law. It is intended to refresh the institutes and the registration system, demonstrating that the interpreter and the operator of the law need to use integration and incentive mechanisms, as well as prevention and juridical security, overcoming old dogma, in order to approach normative, economic, juridical and the new demands of social realities. To establish, according to a new perspective, that real estate registration law has a social function that must be performed and that can't be limited to the bureaucratic and formal aspects of its structure.

**Keywords:** Land registry systematic – The publicity principle of land registration – The objective good faith principle – Registry legitimation and public faith.

Sumario: 1. Introdução. 2. A sistemática brasileira do registro imobiliário. 3. Do princípio da publicidade registral imobiliária: a boa-fé objetiva, a legitimação e a fé pública registral. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

Este trabalho tem como escopo estabelecer uma análise, sob a ótica civil constitucional, acerca da sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral imobiliária.

Para esta reflexão, temos como premissa norteadora a realização de uma análise unitária e sistemática do ordenamento jurídico, interpretando-o à luz da ordem constitucional de forma abrangente, coerente e dinâmica.<sup>1</sup>

Ante as evoluções legislativas e interpretativas ocorridas desde a publicação da Lei 6.015/1973, que tem como seu primeiro grande marco o surgimento de uma nova ordem constitucional e, mais tarde, a vigência de um novo Código Civil, verifica-se a necessidade de atualização da interpretação e aplicação das normas pertinentes ao tema, sob pena de manter-se a aplicação do direito afastada da realidade social <sup>2</sup>

Não se pode mais entender o complexo de normas disciplinadoras do direito civil, em especial, aquelas que normatizam os Registros Públicos, como um corpo de papel desconexo das necessidades atuais da sociedade.<sup>3</sup>

<sup>1.</sup> Sobre o tema ver Schreiber, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. "Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares." E aduz, no sentido da necessidade de superação da segregação entre Constituição e o direito civil, que: "O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas".

<sup>2.</sup> Nesse sentido ver Perlingieri, Pietro. O direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Segundo o autor: "A interpretação deve levar em consideração essa referência necessariamente externa ao texto, resultando estéril qualquer interpretação limitada a um "significado próprio das palavras" (como, ao contrário, se lê ainda no art. 12 disp. Prel. Cod. Civ.), como se existisse em significado interno ao texto, a prescindir da relação com a realidade exterior.". E arremata: "A hermenêutica (a teoria da interpretação) revela a conexão fundamental entre a realidade e interpretação."

<sup>3.</sup> Sobre o tema, ver Schreiber, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 219-260. Segundo o autor: "É preciso ter consciência de que a "cultura jurídica se exprime por problemas e possíveis soluções, em uma perspectiva histórica

E porque em sede da Lei 6.015 de 1973, publicada em 1973 e com entrada em vigor em 1976, arcabouço legislativo dos registros públicos em nosso ordenamento, relevante ressaltar que não se poderia deixar ao largo esta sistemática hermenêutica.

Publicada sob a égide de uma visão positivista do direito civil, até então individualista, patrimonialista e subjetivista, é necessário fazer uma análise da Lei de Registros Públicos com vistas à aplicação da evolução da técnica interpretativa e em rompimento com paradigmas doutrinários arraigados ao tema, adequando a norma à sua função.

Inquestionável, assim, a necessidade de se apreciar a Lei 6015/1973 à luz do filtro axiológico da Constituição de 1988, fazendo a sua releitura e atualização, <sup>4</sup> reformulando os seus institutos para atender aos valores emanados por esta Carta, em especial a função social, numa postura de reconstrução do direito civil em relação ao seu papel perante a sociedade.

A aplicação da integração hermenêutica impõe-se, seja quando em face das legislações especiais seja quando diante das normas contidas no próprio corpo do Código Civil, para que, ao final, se possa entregar à sociedade um direito efetivo e adequado para a realidade contemporânea.

A evolução social, jurídica e econômica havida desde os séculos passados transformou o status normativo do Código Civil, deixando este de ser o fundamento primário de validade das relações privadas, papel que se desloca para a Constituição.<sup>5</sup>

e relativística, não já por dogmas, verdades fixas e não históricas". Em essência, "o direito é um modo de resolver casos concretos". O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação.". E mais adiante conclui: "Nem o positivismo exarcebado, preso à letra da lei, nem o decisionismo judicial, fonte de insegurança e soluções desiguais, o que se espera do jurista de hoje, para alem do conhecimento técnico, é a sensibilidade e a coerência para identificar não apenas *qual* o direito aplicável (*quid juris*), mas *em que medida* se deve aplicá-lo.".

<sup>4.</sup> Perlingieri, Pietro. Normas Constitucionais nas relações Privadas. In: Schereiber, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8. Segundo transcreve o autor; "Nas palavras de Pietro Perlingieri, "o conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos."

Nesse sentido, v. Moraes, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. "Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas (18), como, por exemplo, a Lei do Direito

Dessa forma, fundamental a importância do intérprete na aplicação do direito, o qual não pode mais manter-se passivo, vinculado ao positivismo taxativo e adstrito ao mecanicismo da subsunção. Pelo contrário, lhe compete analisar ativamente a legislação infraconstitucional, trazendo sintonia ao sistema normativo vigente.

Em especial no presente tema, cujas normas disciplinadoras ou provém de fundamentação e técnica legislativas já afastadas pela evolução do Estado Liberal para o Social ou precisam ser entendidas rompendo dogmas doutrinários hoje incompatíveis com as necessidades da sociedade moderna de segurança jurídica, celeridade e eficácia, deverá o intérprete faze-lo como um dever essencial e positivo de respeito à hierarquia das fontes normativas e à unidade do ordenamento jurídico, suprindo, ativamente, a inércia legislativa.

Irradia a Constituição, por seus valores, o norte a ser seguido por todo o sistema normativo, os quais deverão pautar as escolhas legislativas e interpretativas quando da aplicação da lei ao caso concreto.<sup>7</sup>

Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento." E mais adiante: "Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, (43) sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema."

<sup>6.</sup> Ver Perlingieri, Pietro. Perfis do direito civil. 3.ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002., quando trata da responsabilidade do intérprete, no sentido de que: "Toda compreensão tem as suas raízes "em uma disposição de fundo de quem compreende"e que pode ser designada como "asserção axiológica". De um lado, atenção ao fenômeno, ao dado concreto a ser colhido na mutável e complexa realidade, e, de outro, exigência de asserir valores (asserção, justamente, axiológica): os intérpretes, se não são copiadores e repetidores, são autores, criadores "sem mediações", "extraindo do princípio do direito e trabalhando em torno das fontes do direito"; por isso todos eles são garantes, de modo qualitativamente igual, da adequação do que é interpretado. É uma chamada à autoridade e à responsabilidade da interpretação individual e coletiva que não é inútil no atual momento histórico.". Ver também: Perlingieri, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.; Tepedino, Gustavo. Crises de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>7.</sup> Idem.

E, buscando uma aplicação eficaz das normas atinentes ao objeto deste estudo, ante da segurança e conforto da letra clara e precisa da lei específica, resta ao interprete abandonar a visão meramente estrutural do direito civil e ir ao encontro da sua função, a fim de garantir a plenitude da efetividade da lei socialmente aplicada.<sup>8</sup>

Dessa forma, a operação não pode ser inversa, ou seja, para que se traga a efetividade registral e se cumpra a sua função social e econômica, assim como a dos direitos reais, competirá ao intérprete e operador do direito, em especial ao Juiz e ao Notário e Registrador, valer-se da integração, pois, uma visão partida do ordenamento não se coaduna à realidade econômica, social e jurídica hoje almejada.

A superação de antigos dogmas e a busca de uma concepção dialética entre a realidade e a norma jurídica devem ir de encontro ao mecanicismo burocrático da segura subsunção, vez que inefetiva se apresenta a tentativa de buscar no texto legal um significado interno desconexo da realidade.<sup>9</sup>

Imprescindível ao jurista uma leitura que sobreleve a omissão e passividade do legislador ordinário, que ainda não se atentou que a tão certeira realidade vigente à época da publicação da Lei 6.015/1973, fundada no casuísmo legislativo e no aforismo in claris non fit interpretatio, precisa ser revista.

A tipificação regulamentar, na busca inatingível de se exprimir na norma a totalidade das situações da vida, de cunho repressivo, cedeu lugar à uma técnica legislativa de cláusulas abertas, gerais, cujo objetivo transcende a esfera puramente repressiva para também assumir um caráter de incentivo e promo-

<sup>8.</sup> Importante observar o enunciado por Pietro Perlingieri, quando trata da relação entre a norma constitucional e norma ordinária no que diz respeito à cautela a ser adotada quando diante da fórmula "releitura do código civil e das leis especiais à luz da Constituição da República: "O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.". Perlingieri, Pietro. Perfis do direito civil. 3. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Perlingieri, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ção do direito, impondo a observância de deveres extrapatrimoniais as relações privadas.<sup>10</sup>

Assim, ainda que diante de lei fundada naquela técnica legislativa de presunção da possibilidade de antecipação da realidade, não se vislumbra mais possível uma interpretação meramente literal do texto, por maior a clareza e precisão que possa este apresentar.

A atividade interpretativa não pode ser concebida como um procedimento mecânico e preclusivo, não sendo dado ao intérprete se limitar a conhecer a fórmula legislativa, mas, sim, expandir seu olhar ao conhecimento, num processo de espiral hermenêutica, visto que a clareza da norma não se encontra expressa em sua literalidade, mas, no resultado obtido de sua interpretação lógico-sistemática, teleológica e axiológica ante o caso concreto.<sup>11</sup>

Ao jurista, intérprete, juiz, Notário e Registrador se exige o mais, a busca da *ratio iuris* como elemento substancial na aplicação do direito, não podendo fechar os olhos às transformações sociais, tecnológicas e econômicas, numa tentativa frustrada de prender-se à legalidade pura e isolada.

A função protetiva e a segurança jurídica pela norma garantidas somente se apresentam reais se cumprem seu papel viabilizador das necessidades sociais, pois, o significado e sentido dela somente se apresentam verdadeiros quando analisados em conexão com os demais princípios e valores aplicados no caso concreto.<sup>12</sup>

Tepedino, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>11.</sup> Perlingieri, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Destaca-se a ideia do autor no sentido de que: "Dizer que a atividade do intérprete é regulada por uma lógica pré-constituída, com um procedimento por graus no qual cada fase, ou momento é preclusivo em relação àqueles sucessivos, representa uma pura presunção, fundada no pressuposto de que o conhecimento jurídico possa se exaurir em operações mecânicas de encaixe automático do fato concreto em uma determinada *fattispecie* abstrata." E, arremata: "O brocado *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como um juízo lógico, enquanto, a rigor, ela é "um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação". O intérprete não pode se limitar ao conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*, a sua tarefa não pode variar segundo seja chamado a aplicar leis "claras" ou leis "ambíguas": a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação."

<sup>12.</sup> Idem. Cumpre ressaltar, que segundo o autor: "Não há normas que não pressupõem o sistema e que ao mesmo tempo não concorrem a formá-lo; não há normas que sejam inteligíveis no seu efetivo alcance se não forem inseridas, como partes integrantes,

A partir do presente estudo, sob esta perspectiva de interpretação civil-constitucional, pretende-se revigorar os institutos e a sistemática registral, trazendo-os de volta à realidade e, com isso, devolver, ou melhor, reforçar a garantia, eficácia, segurança e efetividade inerentes ao Registro Público, tanto em seu aspecto jurídico como social e econômico, repotencializando e compatibilizando-o as novas demandas da sociedade.

# 2. A SISTEMÁTICA BRASILEIRA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Do descobrimento do Brasil até a sua independência, pertencia, a título de domínio original do Estado, ao Rei de Portugal toda a posse sobre o território brasileiro. O marco inicial do domínio privado das terras brasileiras ocorreu no ano de 1532, com a determinação real de divisão administrativa do território, a qual resultou na criação das 15 capitanias hereditárias, doadas aos beneficiados pela realeza, aos quais, investidos na qualidade de capitão ou governador, foram conferidos poderes e direitos especiais de usufruto, mas não a propriedade da terra, que continuava a pertencer à Coroa Portuguesa.<sup>13</sup>

Foi pela tomada de posse que, do período da independência até o ano de 1850, se operou a ocupação do solo nacional;<sup>14</sup> até que, com o advento da Lei 601 de 18.09.1850 e seu Regulamento 1318/1854, surge o então denominado "Registro do Vigário" ou registro paroquial.<sup>15</sup>

em uma totalidade formal (sistema legislativo) e substancial (sistema social). Este resultado postula a superação da exegese considerada exclusivamente como busca e individualização do significado literal do texto.".

<sup>13.</sup> Ver sobre o tema: Erpen, Décio Antônio e Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2). p. 145/151. Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. Maia, Paulo Carneiro. Sesmarias. In.In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 457-469.

<sup>14.</sup> Ver sobre o tema: Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. Segundo este autor: "O art. 179, XXII da Constituição de 25-3-1824 assegurava o direito de propriedade, sem tratar do sistema de seu registro.".

<sup>15.</sup> Ver sobre o tema: Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. Segundo este autor: "O referido registro não partia dos elementos constantes dos livros de registros de sesmarias, mas dependia da iniciativa das partes interessadas, bastando-lhes provar que se achavam

Da vigência desta Lei se inicia a discriminação dos bens públicos daqueles pertencentes ao particular, passando a posse a ser reconhecida perante o Vigário da Igreja Católica, na freguesia da situação do imóvel, tendo este registro natureza meramente declaratória.<sup>16</sup>

Foi no ano de 1843, no entanto, que se adotou em nosso ordenamento a primeira medida no sentido de regulamentar o registro de direitos reais sobre bens imóveis. E este primeiro passo para a constituição do sistema imobiliário se corporificou pela Lei orçamentária 317, que instituiu o Registro Hipotecário.

A finalidade do Registro Hipotecário, aos mesmos moldes do que também se verificou nos ordenamentos alienígenas, era a de viabilizar a inscrição das hipotecas, e, assim, possibilitar a circulação do crédito a partir da organização da base territorial que lhe serviria de garantia. Tinha esta lei, como objetivo, a proteção do crédito, garantindo tanto ao titular do direito inscrito como também os terceiros de boa-fé maior segurança na circulação de riquezas e, com isso, por extensão, alavancando o desenvolvimento econômico nacional.<sup>17</sup>

ocupadas por posses. Vale dizer: não se estabeleceu qualquer continuidade no registro da propriedade imobiliária".

<sup>16.</sup> Ver sobre o tema: Erpen, Décio Antônio e Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2). P. 145/151. Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. Este autor complementa no sentido de que: "O registro paroquial foi instituído pelo Decreto 1.318, de 30-1-1854, que regulamentou a Lei 601, e teve finalidade declaratória, separando o domínio público do particular, não operando a transferência da propriedade.

<sup>17.</sup> Sobre o tema ver: González, Fernando P. Méndez. A função econômica da publicidade registral. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. Revista RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 1). p. 117/148. Segundo este autor: "A função econômica dos sistemas registrais pode ser contemplada desde muitos aspectos diferentes e desde óticas muito distintas. Se nos ativermos à origem histórica da maior parte dos sistemas registrais, podemos afirmar que a razão inicial de sua implantação foi, originariamente, possibilitar que a riqueza imóvel de um indivíduo, de uma família e, por extensão, de uma nação pudesse servir de garantia ao crédito, a grande alavanca de toda economia moderna; inicialmente o crédito agrícola, posteriormente ao crédito destinado à aquisição da própria residência e, finalmente, a todo o tipo de crédito. (...) A finalidade essencial é, pois, assentar sobre bases sólidas o crédito territorial, para que desse modo possam desenvolver-se bancos territoriais e possam moderar-se os tipos de juros, para o qual é necessário dar certeza ao domínio e aos demais direitos reais sobre a coisa.". Ver também: Terra,

Mas, foi apenas com a Lei 1.237, de 24.09.1864, regulamentada pelo Dec. 3453/1865, que instituiu-se, efetivamente, no Brasil, uma normatização voltada precipuamente à regulamentação do sistema imobiliário.

Transformando o Registro de Imóveis pela conversão do Registro de Hipotecas em Registro Geral, alterou no nosso ordenamento o modo de aquisição da propriedade imobiliária, que passou da simples tradição da coisa para a transcrição das aquisições no Registro Geral.

O Registro Geral, então, passa a ser o depositário dos registros de propriedade, assim como, nele também se fazem inscrever os ônus reais que recaiam sobre a propriedade imobiliária.<sup>18</sup>

Organizou-se, da edição da Lei 1.237/1864 e de suas subsequentes alterações, pela Lei 3.272/1885, Dec. 169-A de 1890 e Dec. 370 de 1890, o sistema registral brasileiro, estabelecendo-se, ainda, em nosso ordenamento, a necessidade da inscrição hipotecária, tanto legal quanto a convencional, para sua oponibilidade em face de terceiros e conferindo natureza obrigacional aos contratos.<sup>19</sup>

Cumpre observar que em 1890, pelos Decs. de 451-b e 955-A, houve uma tentativa de se instituir no Brasil o sistema australiano pelo qual se empresta ao título registrado caráter de incontestabilidade. Conhecido como Registro Torrens, em razão de seu idealizador Sir Robert Torrens, este processo registral

Marcelo. A fé pública registral. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 1). p. 301/332. Erpen, Décio Antônio e Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2). p. 145/151.

<sup>18.</sup> Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. Complemente-se com nota trazida pelo autor no sentido de que: "A Lei 1237 foi de grande importância o estabelecer um avanço na formalização do registro sob a tutela estatal, mas operou-se, também, a segunda grande ruptura na continuidade registral, pois os elementos do registro paroquial não serviram de base para o novo registro público".

<sup>19.</sup> Erpen, Décio Antônio e Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2). p. 145/151. Gomes, Orlando. A introdução do princípio da continuidade do registro. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 1). p. 571/573.

que culmina com a presunção *juris et de jure* de propriedade, tem aplicabilidade, ainda hoje, mas apenas em certos casos de legalização da propriedade rural.

Com o Código Civil de 1916, restou consolidada a orientação no sentido de que, no sistema brasileiro, não é suficiente para a aquisição *inter vivos* da propriedade o negócio jurídico celebrado pelas partes, dependendo este ser complementado pela transcrição junto ao Registro Imobiliário, ao qual a lei conferiu efeito translativo e caráter obrigatório.<sup>20</sup>

Este diploma legal, marco inicial do sistema de assento da propriedade imóvel no Brasil, revogando os anteriores, transforma o Registro Geral em Registro de Imóveis, determinando, ainda, a registrabilidade obrigatória, inclusive, das transmissões *causa mortis* e dos atos judiciais.<sup>21</sup>

Com a entrada em vigor da Lei 6.015/1973, no ano de 1976, passa a matéria registral a ser objeto de diploma normativo específico regulamentador; e, conservando nosso ordenamento, ressalte-se, até os dias atuais, a orientação no sentido de que é o ato registral o modo de aquisição da propriedade imóvel

<sup>20.</sup> Sobre o tema ver: Erpen, Décio Antônio e Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. - (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2). p. 145/151. Ver também: Gomes, Orlando. A introdução do princípio da continuidade do registro. In.Registros Públicos / Ricardo Dip, Sérgio Jacomino, organizadores. São Paulo: Ed. RT, 2011. - (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 1). p. 571/573. Segundo este autor: "No Direito brasileiro, tal como no Direito romano, não é suficiente, para a aquisição da propriedade, um negócio jurídico especializado pela causa "adquirendi" e acionado pelo intento translativo. É necessário completar esse negócio jurídico com outro fato jurídico "lato sensu" a que a lei atribui o efeito translativo. Na aquisição "inter vivos" da propriedade imobiliária, esse fato jurídico ("modus acquisitionis") denomina-se transcrição e consiste no registro público do "titulus adquirendi" (negócio translativo). (...) Enquanto, no sistema francês, o registro requer-se unicamente para o efeito de publicidade, e, no sistema alemão, para constituir o direito real independentemente do título, entre nós foi introduzido para substituir a tradição e como ato necessário à aquisição derivada da propriedade e dos direitos reais limitados. O ato registral é, desse modo, o ato de investidura da propriedade no seu adquirente. (...) Sob ponto de vista formal, o assento feito pelo oficial do registro no livro próprio é indiscutível formalidade confiada a um agente público; sob ponto de vista material, o modo de aquisição da propriedade, necessário, porque os contratos não têm, entre nós, eficácia real."

<sup>21.</sup> Ver artigos do *CC*/1916: Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel: I – Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel. Art. 531. Estão sujeitos a transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos. Art. 533. Os atos sujeitos a transcrição (arts. 531 e 532) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856, 860, parágrafo único).

por ato *inter vivos*, instituiu esta Lei alterações na sistemática registral com o intuito não somente de simplificá-la mas de atender as novas exigências sócio-econômicas e jurídicas que despontavam.<sup>22</sup>

No rol dessas inovações, dentre as quais se verificou a substituição do sistema de transcrição pelo da inscrição, <sup>23</sup> pode-se destacar, como a mais significativa e relevante, a criação da matrícula.

A matrícula, cuja finalidade consiste na perfeita fixação e caracterização do imóvel e de seu proprietário, dá origem à individualidade do bem no sistema registral, alterando o foco do registro, pois que desloca-o da pessoa relacionada ao bem para o próprio bem imóvel em si mesmo considerado.<sup>24</sup>

Organizando o Registro Imobiliário brasileiro pelo sistema do fólio real, a Lei 6.015/1973 traz para a matrícula imobiliária o núcleo do registro, rompen-

<sup>22.</sup> V. Artigo 172, Lei 6015/73: 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.

<sup>23.</sup> Sobre o tema ver: Ceneviva, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Segundo o autor: "A opção nacional básica é pelo chamado sistema de inscrição, que consiste em retirar dos documentos apresentados os elementos que a lei impõe para o registro. Em alguns pontos, porém, se encontra o sistema de transcrição. Servem de exemplo: a) nos loteamentos e nas incorporações em condomínio edilício, o depósito de documentos, em inteiro teor; b) a integral transposição do título é permitida (art. 178, VII), a requerimento do interessado, sem prejuízo da inscrição dos dados fundamentais, que é obrigatória; c) no Registro Torrens, transitada em julgado a sentença que deferir o pedido, toda a documentação autuada fica arquivada.".

<sup>24.</sup> Segundo Maria Helena Leonel Gandolfo citando palestra proferida por Elvino Silva Filho no II Congresso Internacional de Derecho Registral: "No sistema então vigente (anterior à Lei 6015/73) – explicou o autor em seu trabalho – transcrevia-se o título e não propriamente os imóveis. "Estes só eram inseridos no Registro de Imóveis por via reflexa, uma vez que os lançamentos feitos por ordem cronológica e os índices eram organizados tendo em consideração mais os nomes das pessoas do que propriamente os imóveis. Assim, se houvesse em um mesmo título a transmissão de vários imóveis, o lançamento efetuado no Registro – a transcrição – era uma só, em nome da pessoa do adquirente, (...) Evidentemente, que a mudança na técnica registral teria que ser efetuada tendo por base o imóvel. O Registro de Imóveis passaria, então, a ser um repositório de imóveis e não uma sequência de registro de títulos, os quais têm por objeto transmissões imobiliárias.". Gandolfo, Maria Helena Leonel. Reflexões sobre a matrícula 17 anos depois. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 781-832.

do, desse modo, radicalmente com o sistema registral até então vigente. Institui, pelo princípio da unitariedade, que para cada imóvel corresponderá um registro próprio, em folha individual e onde se lançarão, por ato de registro ou averbação, de maneira encadeada e sucessiva, todos os elementos essenciais a precisar, sem dúvidas, a identidade do bem e de seu proprietário.<sup>25</sup>

Tal como o registro de nascimento da pessoa natural, onde se dá a publicidade do fato jurídico de nascimento com vida, abrindo a primeira porta de acesso para a dignidade da pessoa humana em sua plenitude, e, após, acompanhando todos os demais atos jurídicos relativos àquele indivíduo até que se ultime o fato jurídico morte, é a matrícula o centro identificador do imóvel, onde se descreverão todos os seus elementos caracterizadores, traçando, com teor narrativo, a história do bem registrado.<sup>26</sup>

<sup>25.</sup> Ceneviva, Walter. Registro de Imóveis - O sistema alemão e o brasileiro. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p.567-576. Cumpre aqui observar a ressalva feita pelo autor, no sentido de que: "Pode, porém, acontecer de um fólio abrigar imóveis não lindeiros, no caso de registros antigos, o que também ocorre no Brasil, por exceção. No caso brasileiro servem de exemplo os imóveis cortados por novas estradas, claramente separados e que continuam com um só registro, porque o Poder Público se descuida e não faz assentar a via aberta.". Assim como observa o autor, no sentido do abandono do sistema de fólio pessoal pelo de fólio real, que: "O fólio pessoal corresponde a uma exceção, só admitida quando não houver a possibilidade de que surja alguma confusão com outros registros. Nessa hipótese, os vários bens se vinculam ao proprietário. No sistema brasileiro (art.180) manteve-se o indicador pessoal, como fonte subsidiária das indicações registrarias, em relação às pessoas cujos nomes figuram nos diversos livros do registro.". Ainda sobre este tema, ver também: Ceneviva, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Nesta obra esclarece o autor: "A grande novidade da LRP (a matrícula) consistiu em apoiar seu foco sobre os imóveis e não sobre as pessoas com eles relacionadas. Criou-se nova base do registro imobiliário, identificando e caracterizando o bem, para que, a contar dele, os elementos negociais fossem acrescidos. Antes da LRP, a estrutura lógica do sistema se baseava na transcrição, a contar do indicador pessoal, com o negócio, as vendas e cessões de direito, satisfativas do objeto principal do registro público.".

<sup>26.</sup> Sobre o tema ver: Carvalho, Afrânio de. A matrícula no registro de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 47-62. Segundo o autor: "A matrícula recebe um número, correspondente à sua posição cronológica, com o qual se distingue de qualquer outra, e deve ter um teor em forma narrativa, mas abreviada, que satisfaça a sua finalidade, que é individualizar o imóvel e o seu proprietário. Tendo por extremos o objeto e o titular do direito real, abrange dados individualizadores de um e de outro. Tanto o imóvel como o proprietário hão de ser descritos precisamente, sem que reste

Assim, por ocasião do primeiro registro em sentido estrito a ser realizado a partir da vigência da Lei 6.015/1973, a matrícula única deve ser aberta obrigatoriamente, o que se fará à vista dos elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado, descrevendo-se nela todo o imóvel, que restará individualizado quanto ao bem em si considerado e seu titular. E será, nesta mesma matrícula, por meio de averbação, que se lançarão todos os demais atos acessórios relativos àquele imóvel.<sup>27</sup>

A matrícula constitui-se, dessa forma, um ato jurídico pelo qual se inovou não apenas pela adoção do sistema de fólio real, mas, também, apresentou aos operadores do direito registral imobiliário uma nova forma de escrituração, de caráter descritivo, de modo que as matrículas contém, em seu cabeçalho, as características do bem, identificando-o detalhadamente, e, sucessivamente, serão nela lançadas, seja por meio de registro seja por meio de averbação, em ordem cronológica e narrativa, todas as demais ocorrências alteradoras da situação jurídica pertinentes ao seu objeto.<sup>28</sup>

Adota-se, assim, em nosso ordenamento, o sistema de registro de direitos, eis que matricula-se o bem e registram-se os direitos, elevando-se, com isso, o papel do registrador, vez que este não se constitui apenas em um arquivador

dúvida sobre a sua identidade, declinando-se, por fim, o vínculo ou título que prende o primeiro ao segundo, vale dizer, o numero do registro anterior.". Ver ainda, sobre o tema: Ceneviva, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>27.</sup> Sobre o tema ver: Art. 176 da Lei 6015/73: O Livro 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. § 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei; e Art. 196 da Lei 6015/73: A matrícula será feita à vista dos elementos constantes do título apresentado e do registro anterior que constar do próprio cartório. Ver, também, doutrina sobre o tema: Luz, Ruy Ferreira da. Caracterização dos Imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 1075-1079.

<sup>28.</sup> Sobre a natureza da matrícula remetemos o leitor as seguintes leituras: Gandolfo, Maria Helena Leonel. Reflexões sobre a matrícula 17 anos depois. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 781-832; Carvalho, Afrânio de. A matrícula no registro de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 47-62.

de documentos, pelo contrário, funciona depurando o conteúdo dos títulos apresentados em seu aspecto legal, por meio da qualificação registral.<sup>29</sup>

Dessa forma, o sistema criado pela Lei 6.015/1973, consagrando não só princípio da unitaridade da matrícula, mas também o da continuidade e da especialidade objetiva e subjetiva,<sup>30</sup> organiza a propriedade imobiliária e os direitos reais dela decorrentes ou nela incidentes, facilitando a individualização dos bens, evitando a duplicidade de registros e conferindo maior segurança ao titular, ao credor e ao terceiro de boa-fé.

Com a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia decorrentes do registro, materializado em uma única matrícula, aperfeiçoa-se e caminha-se para a integração do registro e do cadastro imobiliário em âmbito nacional, e, assim também, por um sistema organizado, permite-se haver uma menor onerosidade no tráfego econômico, estimulando e proporcionando um melhor funcionamento da economia de mercado.<sup>31</sup>

<sup>29.</sup> Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>30.</sup> Segundo Anelise Grehs Stifelman: "(...) princípio da especialidade (que preconiza a plena e perfeita identificação do imóvel e do titular do direito real, mediante indicação precisa das medidas, caracterísitcas e confrontações da área, além da qualificação completa do sujeito).". Stifelman, Anelise Grehs. O registro de imóveis e a tutela do meio ambiente. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. P.579-591.

<sup>31.</sup> Sobre o tema função econômica da publicidade registral remetemos o leitor para a leitura dos seguintes artigos: Guistina, Bianca sant'Anna Della. O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário. Revista de Direito Imobiliário, ano 33, n. 69, jul.-dez./2010, p.206-231; Brandelli, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no direito. Revista dos Tribunais. Ano 100. Vol. 913. Nov/2011, p. 137-174; González, Fernando p. Mendez. Estado, propriedad, Mercado. In. Revista de Direito Imobiliário, ano 32, n. 67, jul.-dez./2009, p. 153-258. Vale transcrever as palavras de Fernando P. Méndez Gozález, segundo o autor: "A tabulação torna-se assim um mecanismo de proteção que poupa custos de vigilância, ao substituir vigilância por proteção e reduzir ao mínimo os custos de informação e, portanto, o conjunto de custos de uma negociação. O mecanismo tabulador exige - tanto na Alemanha como na Espanha - um sistema organizativo especial de fólio real (o registro é feito por imóveis), exclusividade específica (para cada imóvel, uma matrícula; para cada assento, um direito; os direitos incompatíveis excluem-se e os compatíveis se hierarquizam, conforme critérios (prioridade) e técnicas (trato sucessivo) definidos) e exclusividade genérica (um só sistema registral, o que exclui a concorrência interna entre sistemas e converte o eleito em um monopólio do tipo do que os economistas chamam de "natural").". González,

Sobrevindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002, profundas alterações se verificaram no plano jurídico no que diz respeito, principalmente, ao direito contratual, à responsabilidade civil e ao direito de propriedade.

Este último, deixando ao passado o seu caráter individualista, recebe o filtro da função social que lhe é atinente, seja como princípio de ordem econômica, conforme art. 170 da CRFB/88, seja como princípio fundamental, nos termos do disposto no art. 5.°, XXIII da CRFB/88.

As mudanças funcionais sofridas no estudo da propriedade, no entanto, não ocasionaram a alteração de seu modo de aquisição, o qual, como antes, apenas se verifica com o registro junto do Registro de Imóveis competente, não se conferindo ao contrato eficácia real, mas meramente obrigacional.<sup>32</sup>

Consoante o disposto no art. 1245 do CC/2002, transfere-se a propriedade por ato entre vivos mediante o registro do título translativo no RGI, mantendo-se, portanto, a regra da publicidade registral constitutiva e da presunção relativa decorrente do registro.

O registro como modo de aquisição da propriedade viabiliza a oponibilidade *erga omnes* característica dos direitos reais, proporcionando a segurança e estabilidade necessárias ao bom tráfego imobiliário e, consequentemente, também do crédito, visto ora a obrigatoriedade ora a necessidade de registro dos demais direitos reais, em especial os de garantia.<sup>33</sup>

O art. 236 da CRFB/1988<sup>34</sup> inaugurou toda uma nova disciplina para os serviços notariais e de registro, que passam a ser exercidos em caráter privado,

Fernando P. Méndez. A função econômica da publicidade registral. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. I. Ed. RT: 2012. p. 117-147.

<sup>32.</sup> Sobre o tema: "O deslocamento do momento aquisitivo para o registro tem inspiração germânica (v. Martin Wolff *et alii*, Tratado, p.183); no entanto, ao contrário do sistema alemão, não há acordo formal de transferência que confira ao registro presunção *iuris et de iure* da propriedade (Caio Mario Pereira da Silva, *Instituições*, p. 103)". Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moares, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Recomenda-se como leitura complementar: Filho, Elvino Silva. A insegura proteção registral nos negócios imobiliários do Brasil. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 167-202.

<sup>34.</sup> Art. 236 da CRFB/88: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1.º – Lei regulará as atividades, disci-

mediante prévia aprovação em concurso público, por delegação do Poder Público, sob fiscalização do Poder Judiciário.

Competiu a regulamentação deste art. à Lei 8.935/1994, chamada Lei dos Notários e Registradores, a qual, obedecendo ao preceito constitucional de conferir tratamento igualitário aos serviços notariais e de registro, passa a regulamentar a atividade notarial e registral no que tange à natureza dos serviços, responsabilidade civil e criminal, fiscalização pelo Poder Judiciário, direitos e deveres dos notários e registradores.

Vige, portanto, em concomitância com a Lei 6.015/1973, a qual não sofreu, por aquela, alteração no que tange ao sistema e procedimento registral imobiliário e continua a ser o estatuto regulador do modo de aquisição da propriedade imobiliária, sem, no entanto, importante ressaltar, regular os títulos causais hábeis a atingir este fim, os quais recebem do Código Civil e demais leis vigentes a disciplina regulamentadora competente.<sup>35</sup>

Dessa forma, cumpre analisar esta sistemática registral imobiliária da Lei 6.015/1973, ainda em vigor, sob a perspectiva funcional, ou seja, sob o ponto de vista da sua finalidade, de maneira que se possa melhor criar e melhor aplicar o direito notarial e registral em nosso ordenamento. Buscando resposta ao questionamento acerca da finalidade do registro, abre-se espaços ao registro tal como deve ser aplicado, garantindo o direito de propriedade e as liberdades concretas do povo, ante as exigências econômicas, sociais e jurídicas de nossos tempos.<sup>36</sup>

plinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2.º – Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3.º – O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses."

<sup>35.</sup> Sobre o tema ver: Oliva, Milena Donato. Transmissão da propriedade imobiliária por meio de contratos atípicos.

<sup>36.</sup> Sobre o tema recomenda-se a leitura de: Dip, Ricardo. Sobre a função social do registrador de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 487-500. Transcrevemos o seguinte trecho do referido artigo: "Nessa linha de consideração, dizer, como se afirmou no já referido Encontro de Morélia, que o registrador de imóveis é, pela razão *primeiríssima* de seu ofício – tal a aferível da própria história da publicidade imobiliária -, um *garante direto* da propriedade predial particular e, bem por isso, um *garante mediato* das liberdades concretas do povo, é, de fato, *reconhecer* que sua missão política *essencial* se remete fundamentalmente à função plenária – pessoal e social – do domínio privado.".

Olhar para frente, já que o direito registral imobiliário tem uma função social a ser desempenhada não podendo ficar adstrito apenas ao aspecto burocrático e formal de sua estrutura.

# Do princípio da publicidade registral imobiliária: a boa-fé objetiva, a legitimação e a fé pública registral

A publicidade, em nosso ordenamento jurídico, tem aplicação em diversas áreas, de modo que, conforme o seu campo de atuação, variam a suas formas de incidência e extensão. No âmbito do direito registral, entretanto, tem a publicidade indispensável e fundamental importância, constituindo-se, mesmo, o núcleo de toda a atividade de registro público.

Sendo assim, encontrando especificidade também na área registral imobiliária e restringindo-se a esta análise, enuncia-se que a publicidade registral imobiliária consiste, conforme leciona Marcelo Salaroli de Oliveira, "em assentos tecnicamente organizados, destinados a promover o conhecimento, por qualquer interessado, da situação jurídica dos bens imóveis, cujo efeito, no mínimo, é a presunção inatacável de conhecimento".<sup>37</sup>

Da análise deste conceito extrai-se que a publicidade registral desdobra-se, podendo ser analisada sob dois pontos de vista, um formal e outro material. Em seu aspecto formal, destina-se a dar conhecimento à coletividade de determinada situação jurídica; em seu aspecto material, refere-se aos efeitos substantivos dela decorrentes, referentes à extinção, modificação ou constituição dos direitos registrados, garantindo a oponibilidade do ato jurídico perante terceiros.<sup>38</sup>

Cumpre, então, a publicidade registral, conforme Walter Ceneviva, a tríplice missão de: dar conhecimento à coletividade, interessada ou não, da informação correspondente ao conteúdo do registro, ressalvadas as hipóteses expressamente definidas em lei como sigilosas; sacrificar, parcialmente, a intimidade e a privacidade das pessoas, dando a conhecer sobre bens e direitos por elas titulados, a benefício das garantias advindas do registro; e, por fim, servir

<sup>37.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.

<sup>38.</sup> Passarelli, Luciano Lopes. Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

como instrumento de políticas públicas de interesse nacional, servindo para fins estatísticos.<sup>39</sup>

Quando analisada quanto ao seu aspecto formal, a publicidade registral imobiliária apresenta-se como uma das espécies publicitárias enumeradas doutrinariamente. Segundo classificação apresentada por Marcelo Salaroli de Oliveira, citando o autor português Carlos Ferreira de Almeida, difere esta dos demais tipos de publicidade, quais sejam: a espontânea e a provocada. 40

Analisada sob esta perspectiva classificatória, a publicidade será espontânea quando a notoriedade decorre do objeto por si só, isto é, quando não há uma intenção direcionada exclusivamente para o fim de dar publicidade, o que emana naturalmente do próprio objeto.<sup>41</sup>

Será provocada, quando possuir como característica a intenção de dar a conhecer, de informar, classificando-se os meios pelos quais ela se realiza em: precários, quando limitados no tempo, tais como ocorrem nos editais, proclamas e anúncios; e, duradouros, aqueles destinados a perdurar indefinidamente.<sup>42</sup>

Os meios duradouros se realizam na forma de arquivos e assentos, os quais diferem entre si pelo aspecto formal, já que estes contam com a participação de um agente público que materializa as declarações e atos jurídicos manifestados pelas partes, transcrevendo ou inscrevendo-os em livros próprios, os quais permanecerão sob sua guarda e conservação; aqueles, por sua vez, importam na mera guarda de documentos.<sup>43</sup>

Quando, no entanto, a publicidade vem acompanhada do exame de legalidade do conteúdo dos títulos apresentados, exercido ativamente por agente público competente, o qual organiza e seleciona as informações que terão acesso aos assentos, se está diante da publicidade registral.

<sup>39.</sup> Ceneviva, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>40.</sup> Sobre o tema ver: Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010; Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>41.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010. Ainda segundo este autor: "São exemplos dessa forma de publicidade a posse das coisas móveis, o nome das pessoas naturais (...) No entanto, essa modalidade de publicidade é pouco desenvolvida e, muitas vezes, insuficiente, já que mesmo para os casos em que se constata a publicidade espontânea o Direito moderno a robusteceu com a publicidade registral (...)."

<sup>42.</sup> Op. cit.

<sup>43.</sup> Op. cit.

Resumindo, a publicidade registral se configura sempre ante uma publicidade do tipo provocada, uma vez que tem como escopo tornar possível o conhecimento dos atos e fatos jurídicos levados ao assento, entretanto, é mais específica, pois, a ela soma-se um juízo de legalidade, bem como uma complexa e perfeita organização técnica dos assentos exercida pelo agente competente.<sup>44</sup>

Ainda tratando da publicidade registral sob o aspecto formal, ou seja, mais precisamente de seu fim de tornar acessível o conhecimento ao público, devese lembrar que esta se materializa de forma indireta, vez que ao interessado não é dado o acesso direto ao acervo da Serventia. Assim, tem o oficial o dever funcional de fornecer ao interessado informação verbal ou escrita, bem como de expedir as certidões que lhes forem solicitadas, extraída em cópia fiel e mediante a consulta aos documentos e livros por ele custodiados, possibilitando, por estas vias, a averiguação, por terceiros, do *status* jurídico atual do registro. <sup>45</sup>

Estabelecida que foi a especialidade da publicidade registral em seu aspecto formal, cumpre agora observar o seu aspeto material, o qual, segundo a doutrina, classifica-se quanto aos seus efeitos.

Nesse sentido, seguindo a classificação proposta por Carlos Ferreira de Almeida, conforme lições de Marcelo Salaroli de Oliveira, a publicidade regis-

<sup>44.</sup> Op. cit. Ainda segundo o autor: "Em outras palavras, a publicidade registral não apenas predispõe ao conhecimento público atos e fatos jurídicos isolados, mas o faz de uma maneira organizada que, em relação a determinado objeto, também serão publicadas suas modificações, extinções, restrições, condições, circunstâncias e tudo o mais que seja jurídicamente relevante, ou seja, a publicidade registral revela a completa situação jurídica de seu objeto (estado civil das pessoas naturais, imóveis, pessoas jurídicas)."

<sup>45.</sup> Passarelli, Luciano Lopes. Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. São Paulo: Quinta Editorial, 2010. Ainda segundo o autor, importante aduzir: "É bom observar que a publicidade formal, contudo, nada tem a ver com a eficácia do registro propriamente dito, que constitui, declara, modifica ou extingue direitos sobre imóveis. A eficácia do registro decorre dele mesmo, de *per si*, quer tenha ou não sido publicizado formalmente. O registro é público ainda que não tenha sido consultado. (...) A publicidade formal, ainda segundo Chico y Ortiz, atende a uma tríplice finalidade: a) é o meio para o próprio titular averiguar o *status juris* dos bens imóveis e direitos sobre eles incidentes; b) é o meio para demonstrar a terceiros que o imóvel se encontra livre e desembaraçado de ônus ou encargos, ou apontar que existe este ou aquele outro direito; e c) é o meio que permite verificar eventual discrepância entre a realidade jurídica extrarregistral e o conteúdo dos livros do registro."

tral divide-se em: publicidade-notícia, publicidade declarativa e publicidade constitutiva.<sup>46</sup>

Por publicidade-notícia entende-se aquela destinada única e exclusivamente a informar determinado ato ou fato à coletividade, criando a presunção absoluta de conhecimento, sem, no entanto, causar qualquer prejuízo ao titular do direito em casos de omissão. Assim, por exemplo, as restrições ambientais e urbanísticas, as quais são válidas e eficazes independentemente da publicidade registral.<sup>47</sup>

A publicidade declarativa ou declaratória constitui-se naquela imposta como condição para que ocorra, perante terceiros, a oponibilidade *erga omnes* de determinado direito, negócio ou ato jurídico, em que pese este já estar plenamente constituído, visando, com isso, a atender o princípio da continuidade e permitir a disponibilidade do bem. <sup>48</sup>

Encontramos na Lei 6.015/1973 previsão expressa a esta publicidade declarativa na parte final do art. 172, segundo o qual: no Registro de Imóveis serão

<sup>46.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010. Sobre o tema ver também: Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013. Nesse ponto, trazemos a informação de que doutrina difundida adota classificação diversa quanto ao tema, de maneira que transcrevemos Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, segundo o qual: "São efeitos do registro imobiliário: a) constitutivos – quando o registro é formalidade essencial, indispensável à aquisição do direito (...); b) comprobatórios – o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual se reporta; c) publicitários – o ato é acessível a todos. Em se tratando de aquisição de imóvel *causa mortis o* registro é declaratório (...)". Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

<sup>47.</sup> Conforme Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho: "Se, porventura, a reserva legal não estiver especificada e averbada no registro imobiliário, na forma do art. 16, par. 2, do Código Florestal, não deixa de ser eficaz, devendo ser realizada pelo adquirente da propriedade, pois a obrigação não decorre da inscrição, mas da lei. Outro exemplo é a não inscrição do tombamento, que, igualmente, tem eficácia independentemente do seu registro.". Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013, p. 51. Ver também: Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.

<sup>48.</sup> Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013. O referido autor, cita como exemplo de publicidade declaratória: o registro de sentença de usucapião de bens imóveis, o registro do formal de partilha ou da escritura pública de inventário nas transmissões mortis causa, o registro de sentença de desapropriação, o registro das acessões previstas no art. 1248 do Código Civil, entre outras.

feitos, 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.

Com fundamento nesta publicidade declarativa, que tem como pano de fundo a proteção dos terceiros de boa-fé, a jurisprudência pátria, sumulada inclusive no verbete 375 do STJ, estabeleceu que a penhora de imóveis, ato eminentemente processual de natureza executiva, cuja plena validade se constitui nos autos do processo, gera presunção absoluta de conhecimento uma vez levada a registro, sendo, neste caso, oponível *erga omnes*.<sup>49</sup>

Dessa forma, quando contraposta à publicidade processual, pode-se afirmar que publicidade registral tem aplicação especialmente abrangente. Isso porque o registro público, realizado pelo Oficial em livro próprio, fundado no critério da legalidade, é, como regra, de franco acesso a quaisquer interessados, produzindo uma presunção absoluta de conhecimento, vez que tem como destinatário a coletividade.<sup>50</sup>

Destinado o fólio registral a ser o repositório fiel da realidade imobiliária, exsurge o princípio da publicidade como corolário de segurança jurídica, devendo a matrícula recepcionar todos os atos e fatos jurídicos constitutivos, extintivos ou modificativos do direito real ou do próprio bem imóvel em si considerado.

<sup>49.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010. Verbete 375 da Súmula do STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente."

<sup>50.</sup> Erpen, Décio Antonio. Registros Públicos. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. I. Ed. RT: 2012. p. 91-115. Segundo o autor: "Em momento algum o legislador arrolou as serventias judiciais como órgãos geradores de publicidade. Antes, pelo contrário: estabeleceu os limites subjetivos e objetivos do processo ao dispor, no art. 472 do CPC (....) Ora, daí deflui que quem não foi parte no processo não pode sofrer os efeitos de uma decisão judicial. (...) Ora, se a atividade jurisdicional dentro do processo, mesmo fazendo coisa julgada, gerasse, por si só, a publicidade, não haveria a necessidade de um novo registro, porque uma demasia." E, mais adiante, continua no sentido de que: "O que tem gerado confusão é o preceito contido no art. 155 do CPC, quando proclama que "os atos processuais são públicos". Aí o equivoco, porque essa adjetivação visa a dizer que são acessíveis ao público, mas nunca que se presumem do seu conhecimento com eficácia "erga omnes". Ver também: Erpen, Décio Antonio. A fraude à execução e a publicidade registral.In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 1227-1240.

Tanto é assim, que disciplinam os arts. 246 e 167, I e II da Lei 6.015/1973 este entendimento, determinando a obrigatoriedade de averbação no registro de todas as ocorrências que de qualquer modo alterem o registro.

Donde se vê que ao legislador não passou desamparada a proteção e a segurança jurídica da coletividade e do terceiro de boa-fé, destinatários das informações depositadas nos assentos públicos.

Estabelece-se, assim, um dever anexo de registro, calcado na boa-fé objetiva, para que se possa expandir da esfera interpessoal, por meio da publicidade registral, os efeitos decorrentes dos negócios jurídicos ou litígios nos quais intervém as partes interessadas.<sup>51</sup>

E fique claro, neste ponto, que esta presunção absoluta decorrente da publicidade registral refere-se à cognoscibilidade do conteúdo do registro, ou seja, refere-se à sua vocação para tornar conhecido de qualquer interessado que o requeira o conteúdo do registro, bem como de intencionalmente dar a conhecer o conteúdo do ato assentado no Registro Imobiliário.<sup>52</sup>

Chega-se, então, à análise da publicidade com efeitos constitutivos ou publicidade constitutiva, que é aquela que consubstancia-se em requisito essencial para a formação do ato ou negócio jurídico, de modo que, estando ela ausente, nem mesmo entre as partes é oponível o ato jurídico. É por meio desta que, em nosso ordenamento, se constituem e adquirem, como regra, os direitos reais por ato *inter vivos*.<sup>53</sup>

<sup>51.</sup> Sobre o tema ver: Stifelman, Anelise Grehs. O registro de imóveis e a tutela do meio ambiente. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 579-591; Erpen, Décio Antonio. A fraude à execução e a publicidade registral. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 1227-1240; Filho, Antonio Ranaldo. As certidões de ações e o dever anexo de registro. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 36. Vol. 74. Jan.-jun.-2013.

<sup>52.</sup> Erpen, Décio Antonio. A fraude à execução e a publicidade registral. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 1227-1240. Transcreve-se, sobre este tema, a seguinte passagem ao leitor: "Atente-se que, quando se diz que a publicidade registral tem a presunção absoluta de conhecimento, não se está a afirmar que os efeitos provocados pelos atos levados a registro sejam absolutos. O sistema brasileiro adota a presunção absoluta de conhecimento, mas relativa quanto à validade do ato, que pode ser atacado, quer em sua substância, quer em seu aspecto formal.".

<sup>53.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010; Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.

Vistas estas notas sobre a distinção acerca dos efeitos decorrentes da publicidade registral imobiliária, ressalta-se que esta análise da publicidade registral material tem salutar importância, vez que é partindo dessas premissas que se poderá, com maior facilidade, diferenciar os sistemas registrais imobiliários adotados pelos ordenamentos jurídicos, quais sejam: o privatista, o publicista e o eclético.<sup>54</sup>

Segundo o sistema privatista, também denominado francês ou consensual, atribui-se à publicidade registral simples força negativa preclusiva, isto é, possui meramente o efeito de gerar oponibilidade perante terceiros pois que, entre as partes, é suficiente o acordo de vontades celebrado para dar existência e constituir o direito real. Dessa forma, o contrato possui, desde logo, eficácia real, valendo a publicidade como requisito para que este direito possa ser oposto a terceiros. <sup>55</sup>

Diferentemente disto é o que ocorre no sistema publicista, também conhecido como alemão. Neste sistema, à publicidade registral imobiliária atribui-se o efeito de constituir o direito, de maneira que, mesmo entre as partes, o direito real somente passa a existir após sua ocorrência. <sup>56</sup>

Por fim, apresenta-se o sistema eclético, que tem como fundamento a doutrina romana do título e do modo. Por este sistema, à publicidade registral se atribui um duplo efeito, isto é, tanto constitui a mutação jurídico-real, visto que, entre as partes, antes da publicidade, apenas se verificam efeitos de cunho

<sup>54.</sup> Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, sobre este tema, apresenta classificação distinta e aduz: "b) sistemas que atribuem à publicidade eficácia convalidante: neles o direito real também "nasce fora do registro, pelo qual este igualmente se dirige, em princípio, a dar publicidade aos direitos reais já constituídos. Porém, os efeitos de tal publicidade não se limitam a tornar oponíveis os atos registrados frente aos que podem prejudicar, mas que, de forma muito mais ampla, incidem na substância mesma do direito real, dando lugar, por um lado, à presunção juris tantum de que aquilo que se regsitra é exato (legitimação registral) e, por outro, convalidando irrebativelmente em benefício do titular, que contratou fundando-se de boa-fé nos pronunciamentos registrais, os direitos inscritos (efeito sanativo da titularidade do transmitente, fé pública registral)." Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

<sup>55.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010; Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.

Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.

obrigacional, somente nascendo o direito real com efeitos *erga omnes* com o registro, quanto a anuncia perante terceiros.<sup>57</sup>

Importante consignar, entretanto, a orientação doutrinária no sentido de que estes sistemas, em que pese distintos, não são puros, sendo mesmo difícil garantir um único efeito para todos os registros, ante a diversidade do conteúdo dos títulos apresentados, decorrente ora da lei ora da autonomia privada.

Assim, acertada parece a observação trazida na doutrina de Marcelo Salaroli de Oliveira, referindo-se a Pontes de Miranda, segundo a qual: "a eficácia da transcrição, inscrição ou averbação é diferente conforme o que se transcreveu, inscreveu ou averbou".<sup>58</sup>

Por fim, expostas estas considerações e ainda tratando da publicidade registral material, deve-se mencionar uma segunda classificação doutrinária no sentido de que esta dimensiona-se tanto negativa quanto positivamente.

Segundo esta distinção, sob aspecto de sua dimensão negativa, a publicidade registral material preconiza que quem contrata fiando-se no conteúdo do registro não pode ser penalizado.

Nesta perspectiva, relevante a crítica doutrinária de Antonio Ranaldo Filho, no sentido de que nosso sistema jurídico "oferece ao credor em sentido genérico, incluindo-se ai o titular de pretenso direito real, mecanismos de publicidade eficazes no sentido de se fazer chegar a terceiros a informação da existência de fatos jurídicos em sentido amplo que possam de algum modo interferir na sua esfera jurídica", aduzindo que, aquele que assim não procede, que não se vale dos instrumentos disponíveis para proteção de seus interesses e de terceiros, não age pautado pela boa-fé objetiva e pelo princípio constitucional da solidariedade, descumprindo dever anexo de registro, e, por isso, não pode "ostentar situação jurídica de vantagem diante de tal quadro". 59

<sup>57.</sup> Op.cit.

<sup>58.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 16.

<sup>59.</sup> Filho, Antonio Ranaldo. As certidões de ações e o dever anexo de registro. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 36. Vol. 74. Jan.-jun.-2013. Ainda segundo o autor: "Com efeito, considerando: (a) que o princípio constitucional da solidariedade e da cláusula geral da boa-fé objetiva, decorre o dever de comportamento reto, leal, de cooperação e especialmente de preocupação com o direito de terceiros; e que (b) o nosso direito positivo oferece um sistema completo de publicidade daqueles atos que de certa forma podem repercutir na esfera jurídica de terceiros, as chamadas inscrições preventivas, resulta para o credor, ou autor de ação real ou pessoal reipersecutória, um dever jurídico de promover o registro em sentido amplo (...) Ora, oferecendo o sistema, meios

Analisada a publicidade registral material sob o aspecto da dimensão positiva, afirma-se que o conteúdo do registro se presume exato, ainda que relativamente.<sup>60</sup>

Deste ponto, analisada da dimensão positiva, é que se biparte a publicidade registral material em dois importantes princípios norteadores dos sistemas registrais imobiliários: o princípio da legitimação e o da fé pública registral.

Nos ordenamentos cuja publicidade tem como efeito a presunção *juris tantum* de que o conteúdo do registro corresponde à realidade jurídica, adota-se o princípio da legitimação. O princípio da fé pública registral adotam os sistemas nos quais o registro gera a presunção *jure et de jure*, de modo que, o conteúdo do registro é exato e íntegro e, caso se verifique divergência, prevalecerá a realidade registral a extrarregistral.<sup>61</sup>

Vale, por oportuno, mencionar as considerações da doutrina, ressaltando que, em verdade, importa observar, no que se refere ao valor atribuído à publicidade, o que se busca com ela tutelar, isto é, se se pretende proteger o verdadeiro titular do direito, buscando assim uma segurança estática, ou, se o que busca proteger é o terceiro que adquire o direito, almejando uma segurança dinâmica. 62

eficazes de publicidade, não há razão para não se exigir sua utilização por aqueles que detêm tal possibilidade. É de interesse de toda a coletividade a ciência quanto a fatos que de algum modo ofereçam risco a esfera jurídica alheia. (...) Não se pode valer do instituto da fraude à execução aquele que fez pouco dos direitos alheios, aquele que não se importou com a segurança jurídica do próximo." Ainda sobre o tema, Marcelo Augusto Santana de Melo: "Observa-se, assim, que o dever de conduta ou compartimento de um homem médio, nos leva a crer que a não utilização da publicidade registraria acaba por afrontar a boa-fé objetiva nas relações obrigacionais envolvendo imóveis." Melo, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 30. N. 63. Jul.-dez.-2007.

- 60. Passarelli, Luciano Lopes. Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. São Paulo: Quinta Editorial, 2010. Ainda segundo o autor: "Este aspecto também sofre muitas execeções no Brasil, onde, infelizmente, ao custo da segurança jurídica e mesmo da paz social, setores da doutrina e da jurisprudência preferem prestigiar o oculto, o clandestino, o adquirente que não registra seu titulo, não paga os impostos respectivos, não cumpre a função social da propriedade imobiliária, mantendo-se à margem do mundo jurídico."
- 61. Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010; Passarelli, Luciano Lopes. Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- 62. Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 18; Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.

No sistema registral imobiliário pátrio vigora o princípio da legitimação, de maneira que, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção relativa de exatidão e veracidade, que vigorará até que haja o cancelamento ou retificação do registro.

Dessa forma, conforme arts. 212 e 250, I da Lei 6.015/1973, bem como art. 1247 do CC/2002, até que seja retificado ou cancelado, corre em favor do titular do direito inscrito todos os benefícios decorrentes do registro.<sup>63</sup>

Assim, o ato registrado, tanto em seu conteúdo como em sua forma, pode ser atacado, visto que em nosso sistema não se adotou a abstração e autonomia do registro em relação ao título translativo, preconizada no sistema alemão; pelo contrário, mitigando esta regra, em que pese a transferência da propriedade se constituir pelo registro, este, por si só, não faz prova bastante do domínio, pois que não é ato originário.<sup>64</sup>

A fim de concluir esta análise acerca da publicidade registral imobiliária, consignamos, para este trabalho, uma última classificação acerca dos sistemas de publicidade imobiliária, tendo em vista que esta restou qualificada pela Declaração de La Antiqua, aprovada no Encontro Ibero-Americano de Sistemas Registrais.<sup>65</sup>

São três os modelos de sistema registral segundo esta classificação: o sistema de contratação privada, o sistema de registro de documentos e o sistema de registro de direitos.

No primeiro deles, o registro possui o efeitos de dar publicidade aos contratos, nada mais, ou seja, o registro não repercute nos direitos ou em seus efeitos. No sistema de registro de documentos, atualmente utilizado na França, o registro é necessário para produzir efeitos perante terceiros, mas não para constituir direitos. Neste caso, apenas se trasladam e conservam os contratos para que, posteriormente, produzam informações e provas sobre a titularidade do direito. 66

<sup>63.</sup> Sarmento Filho, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013; Melo, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 30. N. 63. Jul.-dez.-2007.

<sup>64.</sup> Vallim, João Rabello de Aguiar. Sistemas de registro imobiliário e valor probante do registro. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 607-610.

<sup>65.</sup> Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.

<sup>66.</sup> Melo, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o principio da fé-pública registral. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 30. N. 63. Jul.-dez.-2007; Oliveira, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.

O sistema de registro de direitos tem como característica conter informações acerca da constituição do direito registrado e não apenas dos títulos que ingressam, de maneira que, antes de ser realizada a inscrição, deve o oficial exercer um juízo de qualificação e de legalidade acerca do conteúdo do título. Este é o sistema adotado em nosso ordenamento, assim como na Alemanha e na Espanha, buscando o registro, inclusive, a proteção daqueles que contratam confiando nas informações contidas no assento imobiliário.<sup>67</sup>

#### 4. Conclusão

Conforme posto inicialmente, buscou-se traçar uma análise da sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral, mirando em uma aplicação eficaz das normas atinentes ao objeto deste estudo, indo ao encontro da sua função, a fim de garantir a plenitude da efetividade da lei socialmente aplicada.

Almejando, com isto, comprovar que para que se traga a efetividade registral e se cumpra a sua função social e econômica, assim como a dos direitos reais, competirá ao intérprete e operador do direito, valer-se da integração, aplicando em sua substância os mecanismos de incentivo, prevenção e segurança jurídica colocados à sua disposição pelo sistema registral imobiliário, sob pena de, numa visão partida do ordenamento, distanciar-se da realidade econômica, social e jurídica.

Analisando o tema de maneira sistemática e valendo-se dos valores constitucionalmente consagrados, determinantes da atividade hermenêutica civil-constitucional apregoada, verificou-se que a organização do Registro Imobiliário brasileiro pelo sistema do fólio real trouxe para a matrícula o núcleo do registro, na qual se lançarão, maneira encadeada e sucessiva, todos os elementos essenciais a precisar, sem dúvidas, a identidade do bem e de seu proprietário, bem como o atual status jurídico do direito registrado.

Destinado o fólio registral a ser o repositório fiel da realidade imobiliária, exsurge o princípio da publicidade como corolário de segurança jurídica, devendo a matrícula recepcionar todos os atos e fatos jurídicos constitutivos, extintivos ou modificativos do direito real ou do próprio bem imóvel em si considerado.

Assim, eleva-se o papel do registrador pela publicidade registral imobiliária, núcleo de toda a atividade de registro público, visto que é pela apuração

<sup>67.</sup> Idem.

técnica e jurídica por ele exercida sobre os títulos apresentados a registro que se viabilizará a constituição do direito real e sua oponibilidade erga omnes, proporcionando a efetivação do princípio constitucional da função social da propriedade, assim como garantindo a segurança e estabilidade necessárias ao bom tráfego imobiliário e ao crédito.

Compete, assim, ao operador do direito, valer-se dos meios eficazes de publicidade que lhe é colocado à disposição pelo ordenamento jurídico, sendo-lhe mesmo exigido, em razão do princípio da solidariedade e da boa-fé objetiva, observar o dever jurídico anexo de registro, a fim de que se possa expandir da esfera interpessoal os efeitos decorrentes do fato jurídico em sentido amplo nos quais intervém as partes interessadas.

Donde conclui-se que o núcleo da publicidade registral imobiliária assenta-se na segurança jurídica, entendida como a necessidade social de proteção: seja sob o ponto do titular do direito inscrito, que dele não pode ser alijado sem seu consentimento e conhecimento ou determinação judicial; seja sob ponto do terceiro de boa-fé adquirente, que deve estar a salvo de qualquer ataque ao seu direito de propriedade que não esteja previamente constante no registro.

## 5. Referências bibliográficas

- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_\_. Perfis do direito civil. 3. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ vol. 01 1991.
- TEPEDINO, Gustavo. Crises de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_, Direito Civil e Constituição.São Paulo. Atlas: 2013.
- GONZÁLEZ, Fernando P. Mendez. Estado, propriedad, Mercado. Revista de Direito Imobiliário, ano 32, n. 67, jul.-dez./2009, p. 153-258.
- SANT'ANNA, Gilson Carlos. O atual regime jurídico dos Serviços Notarais e de Registro. Revista de Direito Imobiliário, ano 32, n. 67, jul-dez/2009, p. 70-82.

- CARVALHO, Afrânio de. O anteprojeto de Código Civil e o registro de imóveis. In: Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VII, cap. 6, p. 119.
- BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no direito. Revista dos Tribunais. Ano 100. Vol. 913. Nov./2011, p. 137-174.
- GUISTINA, Bianca Sant'Anna Della. O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário. Revista de Direito Imobiliário, ano 33, n. 69, jul.-dez./2010, p.206-231.
- ERPEN, Décio Antônio; Paiva, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p.145-151.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Registro imobiliário, contrato, organização social e fortalecimento institucional. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 431-440.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PRADO, Francisco Bertino de Almeida. Registro de Imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 329-338.
- V.A. Registro de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 563-565.
- CENEVIVA, Walter. Registro de Imóveis O sistema alemão e o brasileiro. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 567-576.
- GALHARDO, João Baptista. Títulos Judiciais e o Registro de Imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 1057-1078.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_\_. Lei dos registros públicos comentada. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAIA, Paulo Carneiro. Sesmarias. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 457-469.
- CARVALHO, Afrânio de. A matrícula no registro de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 47-62.
- LUZ, Ruy Ferreira da. Caracterização dos imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 1075-1079.

- GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Reflexões sobre a matrícula 17 anos depois. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 781-832.
- TEPEDINO, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moares, Maria Celina Bodin de (orgs.) et al. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. A função econômica da publicidade registral. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. I. Ed. RT: 2012. p. 117-147.
- FILHO, Elvino Silva. A insegura proteção registral nos negócios imobiliários do Brasil. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 167-202.
- DIP, Ricardo. Sobre a função social do registrador de imóveis. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 487-500.
- FILHO, Antonio Ranaldo. As certidões de Ações e o dever anexo de registro. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 36. Vol. 74. Jan-jun-2013.
- VALLIM, João Rabello de Aguiar. Sistemas de registro imobiliário e valor probante do registro. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. VI. Ed. RT: 2012. p. 607-610.
- ERPEN, Décio Antonio. A fraude à execução e a publicidade registral. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. p. 1227-1240.
- ERPEN, Décio Antonio. Registros Públicos. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. I. Ed. RT: 2012. P.91-115.
- STIFELMAN, Anelise Grehs. O registro de imóveis e a tutela do meio ambiente. In. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Vol. II. Ed. RT: 2012. P.579-591.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva: 2010.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o principio da fé-pública registral. In. Revista de Direito Imobiliário. RDI. Ano 30. N. 63. Jul.-dez.-2007.

# Pesquisas do Editorial

# Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres *RDI* 72/201-263 (DTR\2012\44777);
- Publicidade registral imobiliária e a Lei 13.097/2015, de Leonardo Brandelli *RT* 962/219-236 (DTR\2015\17071); e
- Publicidade registral. Consulta visual de livros. Cobrança de emolumentos, de Vicente de Abreu Amadei *RDI* 61/303-305 (DTR\2011\4228).

# Direito de superfície e a possibilidade de sua instituição em parte de imóvel: a situação das antenas de telefonia

THE SURFACE RIGHT AND THE POSSIBILITY OF INSTITUTION OVER PART OF THE PROPERTY:

#### LEANDRO AUGUSTO NEVES CORRÊA

Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pelas Faculdades Milton Campos. Diretor da Associação de Notários e Registradores do Mato Grosso do Sul. Tabelião de Notas e Protestos de Títulos de Maracaju/MS contato@leandro-correa.com

## Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto

Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Tesoureiro e Coordenador do Departamento de Normas e Enunciados do Colégio Registral Imobiliário de Minas Gerais – CORI-MG. Oficial de Registro de Imóveis de Tarumirim/MG marceloremcouto@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente trabalho trata do instituto do direito de superfície, trazendo sua origem histórica, seu conceito e principais características no direito brasileiro. Analisa-se a possibilidade de utilização do direito de superfície em substituição aos contratos de locação, demonstrando os benefícios decorrentes desta troca para todas as partes envolvidas, bem como para o Poder Público e a coletividade. Estuda-se a viabilidade de se instituir o direito de superfície sobre parte certa e determinada dentro de uma área maior matriculada, ou em parte de área comum de condomínio edilício, sem que isto afronte o sistema jurídico brasileiro. Por fim, debruça-se sobre os contratos envolvendo a instalação de antenas de telefonia, para se concluir pela viabilidade de utilização do direito de superfície em detrimento do contrato de locação.

**Palavras-chave**: Direitos reais - Propriedade - Superfície - Acessões - Antena de telefonia.

ABSTRACT: This paper deals with the surface rights institute, bringing its historical origin, its concept and main features in Brazilian law. It analyzes the application of the surface rights to replace lease contracts, demonstrating the benefits of this change for all parties involved, as well as to the Government and the community. Study the feasibility of establishing the surface right on a certain part and determined within an area greater enrolled, or part of the common area of mixed-property condominium without which it will disrespect the Brazilian legal system. Finally, focuses on contracts involving the installation of telephone antennas, to conclude the feasibility of using surface rights replacing the lease contract

**KEYWORDS**: In rem rights – Property – Surface right – Accessions – Telephone antenna.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito de superfície. 3. O direito de superfície como sucedâneo dos contratos de locação. 4. Superfície sobre parte de imóvel. 5. O direito de superfície para instalação de antenas de telefonia. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

# 1. Introdução

A dinâmica da sociedade, em especial das relações negociais, exige que o Direito esteja sempre pronto a dar respaldo aos negócios firmados. Muitas vezes a velocidade do mundo negocial não pode esperar e os operadores do Direito se veem em situações limítrofes.

Nessa esteira traz-se ao debate o pouco explorado, até então, instituto da superfície, como instrumento alternativo ao uso do contrato de locação, tornando-se mais seguro e estável a relação jurídica, através da instituição de um direito real sobre parte certa e determinada dentro de uma área maior matriculada, ou sobre parte comum de condomínio edilício.

# 2. O DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito de superfície, também chamado de propriedade superficiária, é o direito real que permite a construção ou plantação em terreno alheio, estabelecendo propriedades distintas entre o proprietário e superficiário.

O instituto se originou no Direito Romano, tendo surgido para mitigar a regra do *superfícies solo cedit*, que atribui ao proprietário do solo a titularidade das acessões.¹ Segundo Ebert Chamoun, "quando o número de propriedades particulares se rarefez, introduziu-se o uso de conceder a particulares o direito de edificar no solo público e gozar da construção, perpetuamente ou não. (...) Mais tarde esse uso se generalizou entre as cidades e os particulares e, afinal, apenas entre estes."²

O instituto foi inserido no projeto que se converteu no Código Civil de 2002,<sup>3</sup> figurando no rol dos direitos reais.<sup>4</sup> Entretanto, antes mesmo da publi-

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de direito civil. v. 5. São Paulo: Atlas, 2015, p. 329.

<sup>2.</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 280-281.

<sup>3.</sup> SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 78, ano 38, p. 180. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

<sup>4.</sup> Conforme inciso II do art. 1.225 e arts. 1.369 a 1.377, da Lei 10.406, de 2002.

cação do Código Civil, em razão do longo trâmite legislativo, foi objeto da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que regulamentou os arts. 182 e 193 da CF/1988.<sup>5</sup>

Ao tratarem do direito de superfície, alguns autores se valem do texto legal para inserir no conceito formulado a temporariedade do instituto, como se vê na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "A propriedade superficiária é um direito real imobiliário, temporário e autônomo, de fazer, ou de manter construção ou plantação em solo alheio, conferindo ao titular (superficiário) a propriedade resolúvel da construção ou plantação, separada da propriedade do solo.'6 Em outras palavras, o direito de superfície consiste na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, tido como *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este efetue sobre ou sob o solo alheio (solo, subsolo ou espaço aéreo do terreno), por tempo determinado ou sem prazo, desde que promova a escritura pública no registro imobiliário."<sup>7</sup> (destaque do original)

Alguns doutrinadores defendem, então, que o direito de superfície não pode ser perpétuo, de forma que tal vedação se faz necessária para que não se eternize a separação da acessão e do terreno, violando a máxima superficies solo cedit. Neste sentido, Luiz Guilherme Loureiro assevera que a superfície "possui um caráter eminentemente temporário, não sendo admissível, assim, um pacto de superfície perpétuo, e isso é um dos elementos que a diferencia da enfiteuse e mesmo da propriedade".<sup>8</sup>

Entretanto, a temporariedade não se mostra como elemento essencial e caracterizador do instituto, cujo objetivo principal, desde sua origem, é segregar a titularidade do solo da titularidade das acessões, como forma de extrair todo o potencial econômico e social da propriedade imobiliária.

Fruto da dupla normatização do instituto, algumas disposições contidas no Código Civil se chocam com o estabelecido previamente pelo Estatuto da Cidade. A principal divergência está no prazo de duração do direito de superfície.

<sup>5.</sup> SIMÕES FILHO, Celso Luiz, op. cit., p. 181.

<sup>6.</sup> Os autores transcrevem o conceito formulado por Marise Pessoa Cavalcanti, na obra *Superfície Compulsória*.

<sup>7.</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil.* v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 525.

<sup>8.</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 484.

O Estatuto da Cidade dispõe, no art. 21, que "O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por *tempo determinado ou indeterminado*, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis." (grifo nosso).

Já o Código Civil, traz norma inserida no art. 1.369 que diz: "O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, *por tempo determinado*, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis." (grifo nosso).

Em razão do conflito normativo, em busca de uma interpretação que não excluísse nenhum dos dispositivos, o Conselho da Justiça Federal, em sua primeira jornada de Direito Civil, asseverou através do enunciado 93 que "As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano."

O entendimento foi não só no sentido da especialidade do Estatuto da Cidade, sendo aplicável a hipótese de superfície por tempo indeterminado apenas para os casos tratados por aquele estatuto, mas também pela integração em decorrência do diálogo das fontes, coexistindo no ordenamento os dois dispositivos, cada qual com seu âmbito de incidência.<sup>10</sup>

Esse é o entendimento da doutrina majoritária, que foi sintetizado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald da seguinte forma: "Em que pese o aparente conflito de regras no tempo, entendemos que ambos os diplomas gozam de vigência, sendo aplicados cada um destes para o alcance dos objetivos por eles traçados. Ou seja, acaso se vislumbre que a concessão do direito de superfície tem por objetivo o desenvolvimento urbano, nos moldes traçados pelo estatuto da cidade, a concessão e a exploração da superfície deve pautar-se nos ditames da Lei 10.257."<sup>11</sup>

Com a vigência de ambas legislações, não obstante ser possível a integração dos dispositivos em diversos pontos, quanto ao prazo de duração, tem-se re-

<sup>9.</sup> Conselho da Justiça Federal. Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília, CJF, 2007. Disponível em: [www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/725]. Acesso em: 20.01.2016.

Neste sentido, vide artigo de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, intitulado O direito de superfície na legislação brasileira, publicado na edição 325 do Boletim do IRIB em Revista.

<sup>11.</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 538.

gramento diferente para a propriedade superficiária constituída no âmbito do Estatuto da Cidade e para a constituída com base no Código Civil.

Assim, inicialmente, deve-se deixar claro que não se aplicam as normas do Estatuto de Cidade simplesmente por se tratar de imóvel urbano. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald defendem que as normas da Lei 10.257/2001 apenas incidem nos contratos que tenham repercussão direta no direito urbanístico, ainda que firmados entre particulares.<sup>12</sup>

Já para Wânia Triginelli e Adriano Stanley, apenas pessoas jurídicas de direito público podem instituir a superfície nos moldes da lei especial: "no Estatuto da Cidade, o Direito de Superfície como 'instrumento de política urbana', o concedente será sempre pessoa de direito público, enquanto que no Código Civil a superfície poderá ser constituída entre os particulares".<sup>13</sup>

Dentro desta ótica, no âmbito de política urbana, César Fiuza defende ser possível a constituição de direito de superfície perpétuo: "segundo o Estatuto da Cidade, pode haver superfície vitalícia ou subordinada a condição resolutiva, ou mesmo perpétua, o que não se permite no Código Civil" e continua: "O Estatuto da Cidade adotou um sistema misto, admitindo, por sua própria sistemática, que a propriedade do solo se separe da propriedade da edificação, na superfície perpétua." <sup>15</sup>

Com base em uma visão finalística, pode-se defender que o direito de superfície, como instrumento de execução de política urbana, tem função específica

<sup>12.</sup> Segundo os autores, "se um município institui direito de superfície em terreno abandonado de sua propriedade – a fim de que se instale um centro de convenções ou, então, um proprietário particular concede um espaço ocioso na zona urbana para que outro particular construa um centro de artes de acesso à população, aplicaremos as normas da legislação especial, que objetiva combater a especulativa subutilização de espaços urbanos e incrementar a criação de empregos e geração de riquezas." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 539).

<sup>13.</sup> TRIGINELLI, Wânia do Carmo de Carvalho; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O direito real de superfície, regularização fundiária e o princípio da dignidade humana. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAUJO, Marinella Machado (Org.). Estudos avançados de direito à moradia. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 41.

<sup>14.</sup> FIUZA, César. Direito Civil. Curso completo. São Paulo: RT, 2014, p. 1117.

<sup>15.</sup> Ibidem, p. 1120.

que permite que o instituto continue válido enquanto a finalidade pública estiver sendo cumprida. 16

Independentemente da posição adotada quanto à possibilidade de perpetuidade na superfície da Lei 10.257/2001, entre particulares incidirá o estabelecido no Código Civil, de modo que o direito real só poderá ser constituído por prazo determinado.

Mas qual seria o prazo máximo do direito de superfície? Não se pode fixar um prazo determinado de trezentos anos, ou de mil anos, por exemplo. Esta estipulação estaria burlando a ideia de temporariedade do instituto introduzida pelo legislador no Código Civil de 2002. Ao se consignar que o prazo é determinado, ele deve ter um limite dentro do razoável.<sup>17</sup> Do contrário, o legislador consignaria expressamente que poderia ser perpétuo o direito real constituído. Neste sentido, Francisco Eduardo Loureiro defende que "não havendo direito de superfície perpétuo, constituindo fraude à lei a cláusula estabelecendo-o por prazo tão longo que equivalha, em seus efeitos, à perpetuidade. Não estabelece a lei o prazo máximo, cabendo ao intérprete fixá-lo caso a caso, levando em conta a natureza da construção e da plantação, bem como do montante de investimentos feitos pelo superficiário, que determinarão o fim do negócio e o prazo necessário para o retorno do capital investido."<sup>18</sup>

No direito de superfície firmado com base no Código Civil, em razão da expressa proibição de constituição do direito real por prazo indeterminado, não se pode inserir cláusula autorizando a prorrogação automática do contrato ou a vigência por prazo indeterminado após o termo final. Assim, a superfície estabelecida por prazo certo vigorará pelo período estipulado, extinguindo-se automaticamente o direito real e constituindo em mora o superficiário, caso não seja devolvida a posse ao proprietário (art. 397 do CC/2002). Qualquer prorrogação do prazo deve ser pactuada pelas partes, em instrumento público (princípio do paralelismo das formas), antes do fim do lapso temporal.

<sup>16.</sup> Nos termos do parágrafo primeiro do art. 24 do Estatuto da Cidade, "Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida".

<sup>17.</sup> Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, "o prazo deve ser determinado, não fixando a lei brasileira tempo máximo ou mínimo da concessão, mas não poderá ser de tal monta a ensejar fraude à lei". (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil.* v. 5. São Paulo: Atlas, 2015, p.336).

<sup>18.</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. Coord. Cezar Peluso. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Manole, 2008, p. 1.384.

Por outro lado, no direito de superfície baseado no Estatuto da Cidade, diante da possibilidade de fixação por prazo indeterminado, é possível às partes pactuarem que após o prazo fixado o contrato passará a vigorar por prazo indeterminado. Esta prorrogação não ocorrerá automaticamente, conforme ocorre com a locação, segundo posição sustentada por Celso Luiz Simões Filho: "(...) 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."<sup>19</sup>

É bom ressaltar que esta indeterminação do prazo é diferente da perpetuidade. <sup>20</sup> Os contratos por prazo indeterminado podem ser rescindidos, por qualquer das partes, a qualquer tempo, através de notificação da parte contrária.

Não existindo termo certo, este cancelamento, para fins de inscrição no Registro de Imóveis, precisa ser feito por instrumento público de distrato ou extinção, firmado entre proprietário e superficiário, ou através de mandado judicial. Não se pode cancelar o direito real constituído através de simples comprovação de notificação da parte contrária. Este direito real possibilita o exercício da autonomia privada das partes, que podem pactuar cláusulas de indenização (art. 1.375 do CC/2002) com direito de retenção pelas benfeitorias, não cabendo ao registrador adentrar no mérito do cumprimento das obrigações.

De qualquer modo, atrelar o termo final do contrato à morte do superficiário nos parece equivocado. Em ambos estatutos jurídicos restou esclarecido que o direito se transfere aos herdeiros do titular,<sup>21</sup> de forma que a superfície vitalícia se mostra incompatível com o texto legal. Ademais, no caso da lei civil, a proibição de fixação de prazo indeterminado exclui, diretamente, a ideia de vitaliciedade do instituto.<sup>22</sup>

<sup>19.</sup> SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 78, ano 38, p. 215. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

<sup>20.</sup> HILAL, Marcelo Adala. Direito de superfície: análise comparativa da disciplina no Estatuto da Cidade e no novo Código Civil. Boletim do IRIB em Revista, São Paulo, ed. 334, p. 48.

<sup>21.</sup> Conforme art. 1.372 do Código Civil e art. 21, § 5.0, da Lei 10.257/01.

<sup>22.</sup> A morte é evento futuro e certo, mas torna o prazo do contrato indeterminado, diante da incerteza de quando ocorrerá. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil.* v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 649).

O contrato de superfície deve buscar, sempre, um equilíbrio econômico entre as contraprestações das partes envolvidas. Com o fim do prazo contratual, o superficiário perderá as acessões que fizer para o proprietário, de modo que a duração do direito real deve ser compatível com os investimentos realizados, tornando possível que se retire do bem o retorno econômico esperado. Por este motivo, o prazo determinado não pode ser relacionado a aspectos pessoais das partes. Este raciocínio leva a conclusões interessantes: Se o imóvel foi concedido com o objetivo de se realizar alguma construção ou plantação que, ao final, passaria à titularidade do proprietário, nasce, para este, uma expectativa de aumento patrimonial em razão da acessão. Por certo que, ao se pactuar as cláusulas, o tempo de vigência e o valor do contrato, este acréscimo patrimonial é elemento relevante que integra a base de cálculo, seja ao se fixar a montante da contraprestação a ser paga pelo superficiário, seja quando se opta pela gratuidade do contrato.<sup>23</sup>Logo, a não realização das obras ou da plantação configura descumprimento contratual, autorizando a rescisão prematura do pacto, acrescida de indenização.

De outro lado, a posição do proprietário neste tipo de contrato não pode ser passiva, sendo seu dever fiscalizar se o superficiário está não só cumprindo o contrato, mas também se está atendendo às demais normas legais (sejam elas urbanísticas, de vizinhança, ambientais, dentre outras). Assim, se o superficiário plantar drogas ilícitas ou explorar trabalho escravo, a propriedade pode ser expropriada na forma do art. 243 da Constituição Federal, devendo o proprietário pleitear indenização em face do superficiário pelo prejuízo que deu causa.

O proprietário não perde sua posse ao constituir o direito de superfície, passando a exercê-la indiretamente. Deste modo, pode promover a sua defesa em face de terceiros, caso o superficiário relapso não o faça. Sua inércia poderá levar à perda da propriedade em razão da aquisição por usucapião de terceiro.<sup>24</sup>

Analisando a principal característica do instituto, a superfície devidamente formalizada faz com que surja uma propriedade resolúvel sobre as acessões construídas (superfície por cisão) ou a construir, completamente autônoma em relação ao direito de propriedade do solo, que permanece íntegro na esfera patrimonial do proprietário.

<sup>23.</sup> Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "não raramente o proprietário perceberá que compensa não cobrar valores do superficiário, em razão da extensão das obras que este edificará e posteriormente reverterão ao seu patrimônio. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 531).

<sup>24.</sup> Neste sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil.* v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 531-532.

A doutrina mostra-se praticamente unânime em admitir a chamada *superfície por cisão*, não sendo condição de sua constituição a inexistência de plantação e construção. Assim, edificações e plantações já existentes podem ser objeto do direito de superfície, seja para se constituir o direito a favor de terceiros, seja para se transferir o domínio e reservar a superfície para si, seja ainda para transmitir o domínio para uma pessoa e a superfície para outra.<sup>25</sup>

Qualquer que seja a modalidade, haverá duas propriedades convivendo juntas, em caráter temporário, <sup>26</sup> havendo a ruptura do domínio do solo e das acessões (construções e plantações). Explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"Com ele coexistem a propriedade originária e a propriedade superficiária (da construção ou plantação). São dois os direitos reais: a) o de propriedade plena; b) o de propriedade superficiária limitada (concessão de uso da propriedade plena). O direito de superfície proporciona ao seu titular direito real especial de propriedade resolúvel (CC 1375) sobre edificações erguidas em propriedade alheia, absorvendo utilidades do solo e limitando o exercício do direito real de propriedade do titular do solo."<sup>27</sup>

A autonomia entre a propriedade do solo e a propriedade superficiária permite que sejam negociadas separadamente, podendo, inclusive, serem objeto de direitos reais de garantia.<sup>28</sup> Em outras palavras, pode-se hipotecar, por exemplo, um direito de superfície, sem que o ônus atinja a propriedade do solo do imóvel.<sup>29</sup>

Decorre, ainda, desta autonomia, a proibição lógica de fixação de cláusulas impeditivas de alienação, ou ainda a previsão contratual de reversão da super-

<sup>25.</sup> Neste sentido, MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil.* v. 5. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335.

<sup>26.</sup> César Fiuza defende que constituída a superfície perpétua, pelo regramento do Estatuto da Cidade, a propriedade das construções será do superficiário, não integrando o patrimônio do dono do terreno. (FIUZA, César. *Direito Civil. Curso completo*. São Paulo: RT, 2014, p. 1119).

<sup>27.</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.258.

<sup>28.</sup> Conforme enunciado 321 do CJF: "Art. 1.369. Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel."

<sup>29.</sup> Vide enunciado 249 do CJF: "Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474."

fície em favor do proprietário, no caso de falecimento do superficiário, <sup>30</sup> não obstante possa haver a extinção do direito caso o sucessor do superficiário não cumpra as cláusulas nem atenda à destinação estabelecida contratualmente.

Quando incidir qualquer ônus ou gravame sobre a propriedade superficiária, ocorrendo a extinção desta, seja pelo advento do termo, seja pela notificação na superfície fixada por prazo indeterminado, aplicar-se-á a regra do art. 1.359 do CC/2002,<sup>31</sup> resolvendo todos os direitos, ônus e gravames sobre ela incidentes.

Esta autonomia, no entanto, não implica na abertura de matrícula para a propriedade superficiária. Com o advento da Lei de Registros Públicos, em 1973, adotou-se o princípio da unitariedade matricial, que determina que cada imóvel deve ter matrícula própria. A matrícula diz respeito ao imóvel, e não aos direitos reais a ele relacionados. Ensina Alyne Yumi Konno que "todo imóvel deve ser matriculado no Livro 2 – Registro Geral, sendo que é na matrícula que se descreve o imóvel, e em seguida a ela são lançados os atos que o afetam e os sujeitos a ele relacionados, constituindo o Livro 2 o repositório das informações que digam respeito ao imóvel, previstas no art. 167 da Lei 6.015/73."<sup>32</sup>

Assim, a autonomia do direito decorrente da propriedade superficiária não implica na autonomia matricial. Os atos relacionados à propriedade do solo e à propriedade superficiária serão lançados em matrícula única, como já ocorre com os demais direitos reais sobre coisa alheia e de garantia.<sup>33</sup>

De outro lado, por ter natureza de direito real sobre imóvel, não só a constituição do direito de superfície, como também sua cessão, são passíveis de tributação por ITBI ou ITCMD, nos termos dos arts. 156, II<sup>34</sup> e 155, I,<sup>35</sup> ambos da Constituição.

<sup>30.</sup> No mesmo sentido: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil.* v. 5. São Paulo: Atlas, 2015, p. 337.

<sup>31.</sup> Conforme art. 1.359 do Código Civil: "Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha."

<sup>32.</sup> KONNO, Alyne Yumi. *Registro de Imóveis. Teoria e Prática*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 29-30.

<sup>33.</sup> SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *O direito de superfície na legislação brasileira*. Boletim do IRIB em Revista, São Paulo, ed. 325, p. 97.

<sup>34. &</sup>quot;Art. 156. 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;"

<sup>35. &</sup>quot;Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;"

Apesar de possuir características bastante marcantes, faz-se necessária a diferenciação do instituto da superfície de alguns outros direitos reais e obrigacionais.

O direito real mais comparado ao direito de superfície é o da enfiteuse. Ambos os institutos acabam por ceder poderes do domínio, sendo a superfície adotada pelo Código Civil de 2002 no mesmo momento em que a constituição de novas enfiteuses entre particulares passou a ser vedada. <sup>36</sup> Distinguem-se principalmente pela característica da perpetuidade, inerente à enfiteuse, mas proibida no Código Civil para a superfície.

Outro ponto que afasta os institutos é a diferença entre o *foro*, característico da enfiteuse, e o *solarium*, presente no direito de superfície. O primeiro é contraprestação paga pelo enfiteuta ao senhorio, porém de valor fixo e módico. Já na superfície, a remuneração percebida pelo proprietário pode (e geralmente o é) ser fixada em valores de mercado, havendo maior facilidade na rescisão em razão de inadimplemento. Ademais, o laudêmio pago a cada transmissão de domínio útil da enfiteuse não tem nenhum figura parelha na regulação do instituto da superfície.

Outra espécie de direito real sobre coisa alheia que podemos estabelecer um paralelo com a superfície é a servidão.

A servidão tem como característica a inalienabilidade, o que a distingue severamente da propriedade superficiária. Tal impedimento tem suas razões dentro do próprio conceito da servidão, visto que esta é uma limitação em um imóvel (serviente) em razão de utilidade/necessidade de outro imóvel (dominante). Assim, não há que se pensar em transmitir essa utilidade a alguém, visto que é inerente ao uso do proprietário do imóvel dominante em detrimento do outro imóvel serviente. A característica econômica da servidão é inseparável do imóvel a que beneficia, não carregando a característica da autonomia presente na superfície.

Ainda resta apontar que a servidão pressupõe a existência de mais de um imóvel, o que não ocorre na superfície.

Em relação ao usufruto, as diferenças também restam claras. O usufrutuário não é proprietário, apenas tem direitos de usar e gozar do imóvel alheio. Ademais é taxativa a impossibilidade de se negociar o usufruto, sendo personalíssimo, diferentemente da superfície.

<sup>36.</sup> Conforme art. 2.038 do Código Civil de 2002.

Em relação ao instituto jurídico da locação, espécie de contrato de natureza obrigacional, a primeira grande diferença está exatamente na falta de natureza real do contrato locatício.

Outra diferença está na onerosidade da locação, necessária para a caracterização desse contrato, ao passo que a superfície pode ser estipulada na forma onerosa ou gratuita.

A locação não possui exigência de instrumento público para a sua constituição, podendo ser levada ao registro imobiliário apenas para garantir o direito de preferência ou para se dar efeitos *erga omnes* à cláusula de vigência. Na superfície é necessária a escritura pública, sendo o registro ato jurídico constitutivo do direito real, oponível *erga omnes* e com direito de sequela.

Exatamente do cotejo entre os institutos da locação e do direito real de superfície é que surge o ponto principal do presente estudo.

# 3. O direito de superfície como sucedâneo dos contratos de locação

Em algumas situações, os contratos de locação tem sido insuficientes para garantir às partes a segurança jurídica necessária para investirem na melhoria dos imóveis.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald enumeram algumas vantagens em se migrar de um contrato de locação para o direito real de superfície, vejamos:

"Pode-se afirmar que o direito de superfície trata-se de uma alternativa eficiente aos contratos de locação sob a ótica do investidor, pois: I. O superficiário não pode rescindir o contrato pagando indenização inferior ao preço (transferência se aperfeiçoa de imediato); II. Não há possibilidade de revisão do preço (preço fechado no momento da concessão do direito real de superfície); III. Os pagamentos podem ser anualizados, inclusive antecipados; IV. Ao contrário da locação, cabe cessão da superfície sem a autorização do proprietário do bem; V. Em caso de alienação da propriedade a superfície mantém a sua eficácia em face do novo titular do bem de raiz; já na locação, o novo proprietário poderá denunciar o contrato."<sup>37</sup>

Por outro lado, a propriedade superficiária, como direito real, demanda um maior rigor na sua constituição, devendo ser firmada por todos os proprietários e respectivos cônjuges, ter forma pública, e observar os princípios registrais,

<sup>37.</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil.* v. 5. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 546.

em especial o da continuidade e especialidade objetiva e subjetiva. No entanto, como já exposto, proporciona maior segurança jurídica ao superficiário e lhe confere a possibilidade de instituir novos direitos reais de fruição e garantia, de transferir seu direito entre vivos ou por sucessão e firmar, inclusive, contratos de direito pessoal com terceiros, como o de locação, faculdades que quase sempre inexistem no contrato de locação.

O contrato de locação não traz proibição de ser firmado apenas sobre parte de um imóvel, sendo este, talvez, o maior motivo para seu uso ter sido disseminado em todos os tipos de negócio. Ademais, o ordenamento jurídico permite dar eficácia real ao direito obrigacional nele assentado, através da inscrição do direito de preferência (art. 167, II, 16, da Lei 6.015/1973) e da cláusula de vigência (art. 167, I, 3, da Lei 6.015/1973) na matrícula do imóvel, existindo norma que possibilita o acesso facilitado do contrato ao fólio real, mediante confronto apenas do nome de um dos proprietários e o locador (art. 169, III, da Lei 6.015/1973).

#### 4. SUPERFÍCIE SOBRE PARTE DE IMÓVEL

O Código Civil não regulamentou a hipótese da superfície parcial, melhor dizendo, a possibilidade, ou não, da superfície ocupar apenas uma parte do solo, remanescendo área livre para uso exclusivo do proprietário pleno.

Contudo, o Estatuto da Cidade deixou transparecer esta possibilidade, ao estabelecer no art. 21 que o superficiário arcará com os encargos e tributos proporcionalmente à área que efetivamente ocupe:

"§ 3.º 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." (grifo nosso).

A importância do debate está na realidade que se enfrenta nos casos de superfícies de pequenas áreas dentro de outras maiores, pequenas ao ponto de impossibilitar um desmembramento, em razão da fração mínima de parcelamento das glebas urbanas ou rurais.

Em outras palavras, ao se adotar entendimento que apenas se institui superfície sobre a totalidade do imóvel, restringir-se-á demasiadamente as hipóteses de aplicação do instituto, negando à propriedade uma de suas funções econômicas e sociais. Em geral, tem-se a ideia de não ser possível instituir um direito real sobre parte determinada de um imóvel, pois isto ofenderia o princípio da especialidade objetiva, que exige a plena e perfeita identificação do imóvel na matrícula e nos instrumentos apresentados para registro.

Este argumento é recorrente nos casos de condomínio, para justificar a impossibilidade de registrar título que descreva parte determinada dentro de um terreno maior, adquirido por uma pessoa, em situação de condomínio voluntário. Mas o real motivo para se proibir a inscrição deste título é o parcelamento irregular do solo, em inobservância às exigências urbanísticas e à fração mínima urbana e rural. Na verdade, utilizou-se de instituto lícito (copropriedade) para obter fim ilícito (parcelamento do solo sem observância das prescrições legais).

Contudo, o condomínio *pro diviso* não é proibido, quando cada condômino ocupe, de fato, uma parcela superior à fração mínima de parcelamento, e vem sendo objeto de políticas públicas visando sua regularização, de forma que a multipropriedade, fonte muitas vezes de conflitos e disputas, caminhe em direção à propriedade individual.

Ao analisar outros institutos, verifica-se não ser incomum a instituição de alguns direitos reais sobre parte determinada de imóvel.

A servidão, via de regra, grava parte certa e determinada do imóvel serviente em benefício do imóvel dominante. É o que ocorre na servidão de passagem, na servidão relativa à linha de transmissão elétrica, na de tubulação de água e esgoto, dentre outras. Para que possam ser registradas, exige-se a perfeita discriminação de sua localização no terreno que a recebe, sem que se aponte ofensa à especialidade objetiva.

Quanto à hipoteca, Afrânio de Carvalho defende a possibilidade de sua instituição sobre parte certa e discriminada em gleba maior. Regundo o autor, a regra é exigir a matrícula de todo o imóvel objeto do título a ser registrado, nos termos do art. 227 da Lei 6.015/1973: Todo imóvel objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro 2 – Registro Geral – obedecido o disposto no art. 176."

Por outro lado, excepcionando a regra geral, o § primeiro do art. 227 permite que imóveis desmembrados de área maior só sejam objeto de nova matrícula quando ocorrer a alienação: § 1.º Os imóveis de que trata este artigo, bem como os oriundos de desmembramentos, partilha e glebas destacadas de maior

<sup>38.</sup> CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 374.

porção, serão desdobrados em novas matrículas, juntamente com os ônus que sobre eles existirem, sempre que ocorrer a transferência de 1 (uma) ou mais unidades, procedendo-se, em seguida, ao que estipula o inc. II do art. 233."

Assim, conclui o autor que se "se enxergar no primeiro texto a regra e no segundo a exceção, deduzir-se-á que todo imóvel objeto de título a ser registrado há de ter matrícula própria, exceto aquele que, oriundo de desmembramento, não se destina a alienação. Assim, feita a combinação dos dois preceitos, permite vislumbrar um tratamento diferente da parte especializada para incidência da hipoteca, que pode perfeitamente permanecer inserida no todo da matrícula principal até que haja alienação." <sup>39</sup>

Tal procedimento evita gastos desnecessários com desmembramento para ofertar o bem à garantia hipotecária, visando a obtenção de crédito. Ocorrendo a quitação regular, o imóvel permanece íntegro, na mesma matrícula, ao passo que, na hipótese de inadimplemento, facilita-se a execução da dívida e a venda do bem, cujo desmembramento já estaria previamente delimitado e autorizado, abrindo-se matrícula própria para a área excutida.

Se a Constituição Federal determina que a propriedade atenda à função social e econômica, ao interpretar o direito civil, à luz dos princípios constitucionais, deve-se buscar sempre a interpretação que melhor dê efetividade aos valores constitucionalizados.

Assim, entende-se perfeitamente possível a instituição de direito real de superfície sobre parte certa e determinada dentro de uma área maior matriculada.

Contudo, deve-se estar atento para que o instituto não propicie a burla às normas de parcelamento do solo, conforme ocorreu com a venda da fração ideal em condomínio voluntário.

Na escritura de instituição sobre parte do terreno deve estar clara a finalidade da superfície, bem como conter informação sobre a prévia existência da construção e da plantação (superfície por cisão) ou se elas serão realizadas pelo superficiário. No primeiro caso, tratando-se de benfeitoria já construída, deve a mesma ser previamente averbada na matrícula do imóvel, não apenas para observância da especialidade objetiva, como também para demonstrar que as normas municipais relativas à construção foram satisfeitas.

A bem da verdade, o direito de superfície sobre área certa e determinada do imóvel não promove o parcelamento do solo, eis que o imóvel continua íntegro e matriculado como uma só unidade imobiliária. A propriedade não é trans-

<sup>39.</sup> Ibidem, p. 374.

ferida, em definitivo, sendo certo que a mesma se consolidará no proprietário com o advento do termo fixado na superfície, em razão de sua elasticidade.

Muitas vezes, uma só construção urbana, devidamente aprovada pelo órgão municipal, é dividida e locada para pessoas diversas com finalidades distintas (residencial, comercial ou mista). O poder público, em geral, aceita e valida esta subdivisão, atribuindo índices cadastrais distintos para cada parte, de modo a fracionar a cobrança do IPTU, além de conceder alvará de funcionamento para as áreas ocupadas por atividade comercial.

A superfície poderia, nestes casos, perfeitamente substituir os contratos de aluguel, com enorme vantagem para todas as partes envolvidas. O proprietário passaria a ser dono também das benfeitorias, sem necessidade de indenização. O superficiário poderia utilizar seu direito real para conseguir empréstimos e alavancar seu negócio. O poder público receberia impostos pela constituição e transferência do direito real.

No caso de superfície parcial em imóvel rural, para fins de plantação, as vantagens também são enormes, permitindo que a gleba seja cultivada em sua totalidade e que o superficiário consiga financiamento rural para seu cultivo específico, sendo este contrato mais seguro do que o uso do arrendamento rural, haja vista a proteção e publicidade inerentes aos direitos reais.

No que diz respeito às antenas de telefonia, mais especificamente, não existe proibição, em nosso ordenamento jurídico, da mesma ser instalada em bem imóvel de terceiro. Aliás, seria ilógico exigir-se matrícula própria para tal. Em geral, tais antenas são fixadas em locais altos, possibilitando longo alcance dos sinais, como nos topos de edifícios e morros.

O Código de Normas dos Serviços Notariais e Registrais de Minas Gerais (Provimento 260/CGJ/2013), em seu art. 688, <sup>40</sup>determina que a superfície sobre parte do imóvel seja registrada na própria matrícula, demonstrando não apenas a possibilidade de instituição deste direito real sobre parte determinada em área maior, como a necessidade de observar o princípio da unicidade matricial.

A mesma solução é apontada por Luiz Guilherme Loureiro, ao defender que "todo e qualquer ônus sobre parte do imóvel deverá ser registrado na matrícula do imóvel todo".<sup>41</sup>

<sup>40.</sup> Preceitua o citado dispositivo: "Os ônus sobre parte do imóvel, tais como servidão e superfície, serão registrados na matrícula do imóvel, vedada a abertura de matrícula para a parte onerada." Provimento 260/CGJ/2013, publicado no *DJe* de 29.10.2013. Disponível em: [www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf]. Acesso em: 20.01.2016.

<sup>41.</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos – teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 292.

Entendimento idêntico pode ser extraído das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, que apesar de não se referirem expressamente ao direito de superfície, normatizam a questão análoga da servidão (item 56.3), traçando norma geral para situações de ônus sobre parte do imóvel (item 56.4).<sup>42</sup>

Se até aqui defende-se a viabilidade de se instituir este direito real sobre parte determinada dentro de área maior, agora passa-se a uma outra situação, relativa ao direito de preferência.

Como se sabe, a lei atribuiu ao proprietário e ao superficiário direito de preferência recíproco, no caso de alienação do bem ou da propriedade superficiária (art. 1.373 do CC/2002). Embora alguns autores atribuam à preferência apenas reflexos na esfera obrigacional, entende-se mais correto o preceito contido no enunciado 510 da CJF, que diz que "ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC/2002 é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço."

Entretanto, quando a hipótese é de direito de superfície sobre área certa e determinada, o exercício deste direito deve ser feito em relação à totalidade do bem alienado. Assim, não pode o superficiário pretender adquirir apenas a parte que ocupa, devendo adquirir toda a parcela transacionada. De outro lado, o proprietário poderá, sempre, exercer sua preferência quando o direito de superfície for alienado, consolidando em sua titularidade a propriedade plena.

## 5. O direito de superfície para instalação de antenas de telefonia

É comum se encontrar pelas cidades grandes antenas responsáveis por replicar o sinal de telefonia celular. Os espaços ocupados por esses equipamentos, via de regra, são contratados pelas operadoras por meio de locação, haja vista não haver proibição de ser firmado contrato apenas sobre parte certa de um imóvel. Assim, talvez seja este o maior motivo para seu uso ter sido

<sup>42.</sup> Dizem os artigos citados: "56.3. Será, igualmente, irregular a abertura de matrícula de parte do imóvel, sobre a qual tenha sido instituída servidão, que, corretamente, deverá ser registrada na matrícula do imóvel todo." "56.4. O ônus que gravar parte do imóvel deve ser registrado na matrícula do imóvel todo, sendo incorreta a abertura de matrícula da parte onerada." Provimento 58/89 da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, de 28.11.1989. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCG]TomoII.pdf] Acesso em: 20.01.2016.

disseminado neste tipo de negócio. No entanto, em algumas situações, os contratos de locação tem sido insuficientes para garantir às empresas de telefonia móvel a segurança jurídica necessária para investirem na construção dos equipamentos.

Como já se demonstrou acima, não há óbice à constituição de superfície sobre parte certa e determinada dentro de uma área maior, o que permite, assim, que mesmo em glebas rurais, se faça o registro do direito de superfície sobre área pequena, como de dez metros quadrados, no topo de uma montanha, para instalação de antena de telefonia.

Em cidades grandes, tais antenas são instaladas normalmente em parte comum (laje ou parede da edificação) de edifícios submetidos ao regime de condomínio edilício. Seria possível o condomínio edilício instituir este direito real?

Se por um lado a doutrina majoritária entende não ter o condomínio personalidade jurídica, não podemos fechar os olhos para a realidade, cuja evolução não é acompanhada pelo legislador, fazendo com que o operador do direito, na interpretação e aplicação das normas, busque sempre atender à necessidade social.

Em duas situações já se admite, expressamente, que condomínio edilício adquira a propriedade imobiliária de unidade autônoma, seja em razão da inadimplência do condômino (art. 63, § 3.º da Lei 4.591/1964), seja para proporcionar renda ao mesmo, beneficiando todos os coproprietários (art. 6.º-A, § 1.º, da Lei 11.977/2009).

A jurisprudência já vem, aos poucos, aceitando a ampliação destas hipóteses, como pode se constatar em recente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Desembargador Marcelo Rodrigues, de onde se extrai que "no condomínio edilício, (...) sua instituição é, senão perpétua, ao menos perene, o que justifica sob vários aspectos, inclusive da segurança jurídica, a definição de sua personalidade."<sup>43</sup>

Neste caso específico de superfície para antena de empresa de telefonia, talvez fosse possível construir entendimento que possibilite a instituição através

<sup>43.</sup> TJMG, Apelação Cível 1.0188.13.006872-2/001, 2.ª Câmara Cível, Rel. Marcelo Rodrigues, j. 24.11.2015, veiculado através de notícia no site do IRIB, em 02.02.2016. Disponível em: [http://irib.org.br/noticias/detalhes/tjmg-condominio-edilicio-personalidade-juridica-undefined-ausencia-unidade-autonoma-undefined-aquisicao-pordoacao?utm\_source=emailmanager&utm\_medium=email&utm\_campaign=Boletim\_Eletronico\_do\_IRIB\_\_No\_4518\_\_02\_de\_fevereiro\_de\_2016]. Acesso em: 14.02.2016.

de escritura firmada pelo condomínio, representado pelo síndico, que deve comprovar estar previamente autorizado pelos demais condôminos, através de deliberação em assembléia.

O Código Civil atribui ao síndico a representação, ativa e passiva, do condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns (art. 1.348, II); bem como o dever de cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia (art. 1.348, IV).

A partir do momento que for decidido em assembleia que a vontade dos condôminos é pela instituição do direito real, visando obter renda para arcar com as despesas comuns do edifício, revertendo a todos o benefício, o síndico estaria legitimado, pelos dispositivos citados, a firmar tal escritura, pois defende interesses comuns a todos e cumpre determinação da assembleia.<sup>44</sup>

Ressalta-se que a instalação da antena deve ser em área comum, não podendo interferir na plena utilização da propriedade exclusiva de cada condômino.

O registro da superfície seria feito na matrícula do empreendimento, e não em cada uma das matrículas correspondentes às unidades autônomas. Por mais que a área comum esteja representada em cada matrícula de unidade autônoma, pela fração ideal a ela atribuída (art. 1.331, § 3.°, CC/2002), o registro pulverizado em cada uma das matrículas do edifício fragmenta a informação e multiplica os custos da inscrição, podendo inviabilizar a própria utilização do instituto jurídico. Seguindo a lógica do art. 237-A da Lei 6.015/1973, em algumas situações, como o ato a ser publicizado diz respeito a todo o empreendimento, deve-se superar a regra geral do registro individualizado em cada matrícula, por ser mais efetiva a escrituração na matrícula-mãe (sem prejuízo de serem feitas averbações nas matrículas das unidades autônomas).

Importante dizer, ainda, que o direito de preferência, no condomínio edilício, somente existirá a favor do condomínio, <sup>45</sup> visando a extinção do direito de

<sup>44.</sup> Ainda sobre o tema, extrai-se do acórdão do TJMG, de lavra do Desembargador Marcelo Rodrigues: "A omissão da lei civil que há algumas décadas poderia ser taxada de inconveniente, atualmente já pode ser qualificada como algo grave, notadamente diante dos encargos e interesses sociais e econômicos cada vez mais complexos que gravitam em torno desses condomínios, invariavelmente maiores e que vem dispondo de leque sempre mais variado de serviços e relações jurídicas, sobretudo nos grandes centros urbanos, locais em que a especulação imobiliária e cotidianas situações de violência vão definindo uma nova forma de viver e de se relacionar."

O exercício deve ser feito pelo condomínio, e não por um dos titulares de unidade autônoma.

superfície. A área comum, por ser inalienável (art. 1.331, § 2.°, CC/2002) não poderá ser transferida a terceiros. Já as unidades autônomas são independentes entre si, sendo incompatível com sua natureza a existência de direito de preferência a favor dos demais condôminos, tornando completamente ilógico que possa existir preferência a favor do superficiário quando sequer existe a favor dos demais coproprietários do prédio.

### 6. Conclusão

Conforme se demonstrou, o direito de superfície é o instituto jurídico que visa segregar a propriedade do terreno das acessões, criando direito de propriedade autônomo e simultâneo.

No direito brasileiro encontra duplo regramento, no Estatuto da Cidade, para utilização como instrumento de execução de política urbana, e no Código Civil, para as demais hipóteses.

Não obstante a autonomia da propriedade superficiária, permanece aplicável o princípio da unitariedade matricial, de modo que os atos relacionados à propriedade do solo e à propriedade superficiária serão lançados em matrícula única.

O direito de superfície, como direito real previsto no Código Civil, se mostra como alternativa viável à utilização do contrato de locação, trazendo maior segurança jurídica para as partes envolvidas.

Na esteira de outros direitos reais sobre propriedade alheia, é perfeitamente possível sua constituição sobre parte certa e determinada dentro de área maior de um imóvel, hipótese em que o registro será feito na própria matrícula do imóvel, sem que isto implique, necessariamente, em parcelamento irregular do solo.

Para fins de instalação de antenas de telefonia celular em condomínio edilício, é possível sua instituição por escritura firmada pelo condomínio, representado pelo síndico, após aprovação em assembléia, praticando-se o ato registral na matrícula do empreendimento.

Assim, após toda a exposição, conclui-se no sentido de ser perfeitamente possível a utilização do direito de superfície como instrumento apto a conferir segurança e eficácia ao negócio jurídico que vise a instalação de antenas de telefonia em parte certa e determinada dentro de uma área maior matriculada, sem que haja ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

### 7. Referências bibliográficas

- CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 5.
- FIUZA, César. Direito Civil. Curso completo. São Paulo: RT, 2014.
- HILAL, Marcelo Adala. Direito de superfície: análise comparativa da disciplina no Estatuto da Cidade e no novo Código Civil. *Boletim do IRIB em Revista*, São Paulo, ed. 334, p. 47-51.
- KONNO, Alyne Yumi. *Registro de Imóveis. Teoria e Prática*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. Coord. Cezar Peluso. 2 ed. Rev. e atual. São Paulo: Manole, 2008, p. 1.384.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.258.
- SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 78, ano 38. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. O direito de superfície na legislação brasileira. *Boletim do IRIB em Revista*, São Paulo, ed. 325, p. 88-97, mar-abr. 2006.
- TRIGINELLI, Wânia do Carmo de Carvalho; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O direito real de superfície, regularização fundiária e o princípio da dignidade humana. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAUJO, Marinella Machado (Org.). Estudos avançados de direito à moradia. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

#### PESOUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- Arrendamento rural e o direito de superfície face as restrições impostas pela Lei 5.709/1971 e demais regulamentos, de Dulce Mara de Oliveira – RDPriv 69/105-111 (DTR\2016\23059);
- Direito de superficie, de Melhim Namem Chalhub *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/947–970 (DTR\2012\2808);
- Direito de superfície, de Rogério José Pereira Derbly RT 798/741-757 (DTR\2002\591);
- Direito de superfície: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002, de Rodrigo Serra Pereira – RDCC 8/201-223 (DTR\2016\23936); e
- O direito de superfície como instrumento de planificação urbana no Brasil, de Frederico Henrique Viegas de Lima *RDI* 23/23-32 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/665-677 (DTR\1989\250).

# A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária

## Brazilian Federal Law 13.097/2015 and it's contribution do land governance

#### IVAN JACOPETTI DO LAGO

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. Pós-graduado pelo CeNOR – Centro de Estudos Notariais e Registais da Universidade de Coimbra. Titular da cadeira nº 11 da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDRI. Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Paraguaçu Paulista – SP. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Santa Cruz do Rio Pardo – SP. ilago@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

Resumo: Desde a promulgação da Lei 1.237/1864. o registro de imóveis brasileiro foi marcado, quanto aos seus efeitos, por um duplo aspecto: ser constitutivo; mas, por outro lado, não gerar um direito inatacável, já que não protegia o adquirente contra defeitos que maculassem o título do alienante, ou de elos anteriores na filiação do imóvel. Em 2015 foi promulgada a Lei Federal 13.097, a qual, no tocante às disposições por ela trazidas sobre a matéria do registro imobiliário (arts. 53 a 62), teve por objetivo declarado a redução da assimetria de informações e consequente aumento da segurança nas transações, o que faz pelos mecanismos da inoponibilidade e da "fé pública" do sistema germânico. Com isso, o Brasil passou a contar um "registro forte", em benefício da segurança jurídica.

Palavras-chave: Lei 13.097/2015 – Fé pública – Inoponibilidade – Adquirente.

Abstract: Since the enactement of Law 1.237/1864, brazilian real estate registry was characterized, in what concerns to it effects, in a double way: to be needed to the creation of a right in rem; but, on the other hand, to be unable to generate indefeasibility of this right, as it could be questioned based on defects that were present at the seller's entitlement, or at previous owner's entitlements. On the year 2015, Federal Law 13.097 was enacted, with some provisions regarding the effects of real estate registry (articles 53 – 62). These provisions were consciously aimed at reducing information assimetries, and, as a consequence, to improve the security of transactions, which is achieved through two mechanisms, "inoponibilidade" and the german "fé pública". These innovations endowed Brasil with a strong registry, in favor of legal certainty.

**KEYWORDS:** Federal Law 13.097/2015 – Real estate registry's indefeasibility – Acquirer.

Sumario: 1. Introdução. 2. Gênese e evolução do sistema registral imobiliário brasileiro. 2.1. A transmissão da propriedade e constituição de direitos reais sobre imóveis nas Ordenações Filipinas. 2.2. A criação do registro geral de hipotecas. 2.3. A criação do registro geral de imóveis. 2.4. As modificações trazidas para o sistema pelos Códigos Civis de 1916 e 2002. 2.5. As modificações trazidas pela Lei 6.015/1973. 3. Breve exposição das atuais classificações aplicáveis aos sistemas de registro de imóveis no direito comparado. 4. A Lei 13.097/2015 e a nova conformação do sistema brasileiro de registro de imóveis. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

## 1. Introdução<sup>1-2</sup>

A Lei 13.097/2015 trouxe mudanças importantes para os efeitos do registro de imóveis brasileiro, com potenciais ganhos para a segurança jurídica e para a governança fundiária.

Ao introduzir no país o princípio da fé-pública registral – e, por conseguinte, proteger de maneira mais efetiva pessoas que adquiram direitos confiando nas informações constantes do registro – aumenta a confiabilidade das informações fornecidas ao público pelo registro.

Com isso, modificou características essenciais do sistema, que vinham sendo mantidas desde a criação do registro geral de imóveis, em 1864.

O presente trabalho tem por objetivo analisar como se deu a evolução do registro de imóveis brasileiro segundo a ótica da proteção da propriedade, e as modificações trazidas pela Lei 13.097/2015. Pretende, ainda, situar o novo sistema no contexto dos sistemas de registro do direito comparado, bem como avaliar as implicações desta mudança para a governança fundiária.

<sup>1.</sup> Nota Prévia: No presente trabalho será empregado o método franco-italiano de citações bibliográficas. Em cada página, as referências conterão todos os dados da obra citada, sendo o prenome do autor apresentado por suas iniciais, seguidas do patronímico em maiúsculo (v.g, "F. de COULANGES, A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma, São Paulo, Hemus, 2000"); exceto quando o autor em questão for conhecido academicamente pelo seu nome completo, caso em que será grafado desta maneira. Já na bibliografia, o sobrenome pelo qual o autor é conhecido será sempre grafado em maiúsculo, de forma anteposta a seu prenome ou sobrenomes intermediários Acerca das regras de metodologia adotadas, cf. E. C. S. V. MARCHI, Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias, Artigos), 1.ª ed., Lecce, Edizioni del Griffo, 2001.

<sup>2.</sup> Trabalho apresentado no dia 04 de agosto de 2016 no "2.º Seminário Governança de Terras e Desenvolvimento Econômico", promovido pelo Grupo de Pesquisa Interdisciplinar em Governança Fundiária, ligado ao Núcleo de Economia Agrícola do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

### 2. GÊNESE E EVOLUÇÃO DO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

## 2.1. A transmissão da propriedade e constituição de direitos reais sobre imóveis nas Ordenações Filipinas

Quando do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as "Ordenações Afonsinas", coletânea que reunia o direito então vigente e que fora publicada por Dom Afonso V, no ano de 1447.<sup>3</sup> Esta coletânea veio a ser substituída em 1521 pelas "Ordenações Manuelinas", promulgadas por Dom Manuel,<sup>4</sup> e estas últimas, por sua vez, pelas "Ordenações Filipinas", que entraram em vigor no reinado de Filipe II de Espanha – ao tempo da União Ibérica – no ano de 1602.<sup>5</sup> E até o advento das leis hipotecárias imperiais brasileiras, em 1846 e em 1864, a matéria da transmissão da propriedade entre particulares e da constituição de direitos reais foi regulada pelo livro IV destes diplomas legislativos.

E efetivamente houve, ao longo da história colonial e monárquica do Brasil, um efetivo comércio de terras, o qual, por vezes, trazia possibilidades de ascensão social. Há notícia histórica de vaqueiros que de arrendatários passaram a proprietários, e mesmo de imigrantes e comerciantes que se tornaram senhores de engenho.<sup>6</sup> Acontecia até mesmo de pessoas receberem terras em sesmaria, venderem-nas, e pedirem ainda mais terras, fazenda da sua obtenção e revenda um lucrativo negócio.<sup>7</sup> Havia casos, também, nos quais irmãos compravam uns dos outros os respectivos quinhões hereditários, de maneira que uma propriedade que havia sido dividida por ocasião da partilha acabava por novamente obter a sua conformação original, operando-se aquilo que COSTA PORTO denominou "sístole-diástole" dos latifúndios.<sup>8</sup> No século XVIII houve até mesmo uma curiosa obra, publicada em 1711 e recolhida por Ordem Régia de 20 de março do mesmo ano, de autoria do jesuíta italiano ANDRÉ JOÃO ANTONIL, que ensina ao aspirante à posição de senhor de engenho como se

Cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA, História do Direito Português, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 305-306.

<sup>4.</sup> Cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 315.

<sup>5.</sup> Cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 321-322.

<sup>6.</sup> Cf. A. WEHLING e M. J. C. M. WEHLING, Formação do Brasil Colonial, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005, p. 238.

<sup>7.</sup> Cf. J. A. DA COSTA PORTO, *O sistema semarial no Brasil*, 1.ª ed., Brasilia, Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 51.

<sup>8.</sup> Cf. J. A. DA COSTA PORTO, op. cit., p. 52.

deve haver para obter e conservar suas terras. O livro descreve, por exemplo, o modo pelo que se deve reconhecer a qualidade da terra, a disponibilidade de água e de lenha, e até mesmo dos problemas jurídicos geralmente envolvidos na operação, como as hipotecas ocultas e as dívidas do vendedor.<sup>9</sup>

A legislação então vigente não impedia a venda das terras, ainda que houvessem sido recebidas por meio de sesmaria. Estando satisfeitas as condições impostas ao sesmeiro, como lavrar a terra, medí-la, demarcá-la e confirmá-la, este poderia vendê-la livremente.<sup>10</sup>

No entanto, não bastava o contrato de venda para a transmissão da propriedade. Desde a recepção, em Portugal, do Direito Romano Justinianeu, ocorria a distinção entre, de um lado, o contrato, que gerava para o vendedor, dentre outras, a obrigação de transmitir a coisa, e, de outro, o modo de aquisição da propriedade, que constituía o direito real sobre a coisa.<sup>11</sup>

Já nas Ordenações Afonsinas estava presente este sistema, ficando estabelecido, para a compra e venda, que a entrega da coisa, juntamente com o pagamento do preço, seriam requisitos da transmissão.<sup>12</sup> O mesmo princípio se manteve nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas.<sup>13</sup>

Independentemente da natureza do bem – móvel ou imóvel – o modo de aquisição era a tradição, ou seja, a entrega do bem. Isto derivava diretamente do Direito Romano Justinianeu, tendo em vista a supressão, pelo imperador

<sup>9.</sup> Cf. A. J. ANTONIL, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997, p. 78.

<sup>10.</sup> Cf. J. A. DA COSTA PORTO, op. cit., p. 51.

<sup>11.</sup> Cf. E. LO RÉ POUSADA, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, p. 204.

<sup>12.</sup> Cf. E. LO RÉ POUSADA, op. cit., p. 210.

<sup>13.</sup> Cf. E. LO RÉ POUSADA, *op. cit.*, p. 212-213. Isto pode ser apreendido nas Ordenações Filipinas no título VII do Livro 4º (*Do que vende huma mesma cousa duas vezes a diversas pessoas*), o qual trata da venda da mesma coisa a mais de uma pessoa. Segundo o dispositivo, se alguém vende uma mesma coisa a várias pessoas, a propriedade será daquela que, tendo pago o preço, primeiramente receber o bem entregue pelo vendedor. Esta mesma regra se encontra nas Ordenações Manuelinas, no título XXVIII do Livro 4º (*Do que vende alguma cousa duas vezes a pessoas desvairadas*); e nas Ordenações Afonsinas, no título XXXXIII do livro 4º (*Do que vendeo huma cousa duas vezes a pessoas desvairadas*).

Justiniano, da distinção entre as *rei mancipi* e as *rei nec mancipi*, e consequente desaparecimento das antigas solenidades da *mancipatio* e in *jure cessio*. <sup>14</sup>

Isto foi reforçado pelo Alvará de 04.09.1810, segundo o qual "no contracto de compra, e venda, ajustado o preço, e entregue ao comprador a cousa vendida, e ao vendedor o preço, ou fiando-o ele, não só fica o contracto aperfeiçoado, mas completo de todo". <sup>15</sup>

Esta entrega do bem, contudo, necessariamente era física, efetiva. Admitia-se a tradição "simbólica", na qual a entrega de algo que representava a coisa vendida, como um torrão, poderia representar a entrega da coisa vendida; ou, ainda, a tradição "ficta", na qual vendedor e comprador declaravam na escritura que, por meio dela, se transferia ao adquirente o domínio do bem. <sup>16</sup> E tratando-se de bens imóveis, era esta última modalidade que, em geral, era aplicada, chegando-se ao ponto de a tradição ficta se tornar mera cláusula de estilo dos contratos. <sup>17</sup> CORREA TELLES fornece em seu *Manual* uma fórmula consagrada de tradição ficta: "...e recebido o preço por eles vendedores, disseram que desde já transferem ao comprador todo o domínio, direito, acção e posse...". <sup>18</sup>

Somente a criação do Registro Geral de Imóveis, pela Lei 1.237/1864, viria a modificar este longevo sistema, a despeito da existência no Brasil já há algumas décadas, de órgãos encarregados de registrar hipotecas ou posses sobre imóveis.<sup>19</sup>

## 2.2. A criação do registro geral de hipotecas

A instituição no Brasil de um regime de publicidade imobiliária, ou seja, da criação de órgãos destinados a levar ao conhecimento do público a situa-

<sup>14.</sup> Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865, p. CL.

Cf. C. MENDES DE ALMEIDA, Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I, vol. IV, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 1019.

<sup>16.</sup> Cf. L. TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1871, p. 254.

<sup>17.</sup> Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, op. cit., p. CLIII.

<sup>18.</sup> Cf. J. H. CORREA TELLES, Manual do Tabelião ou Ensaio de Jurisprudência Euremática, 1ª Ed., Lisboa, Impressão Régia, 1830, p. 25.

<sup>19.</sup> Para um histórico dos sistemas de publicidade imobiliária e do registro de imóveis de imóveis no Brasil, cf. nosso *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

ção jurídica dos bens imóveis, não se iniciou pelo registro das propriedades, mas sim das hipotecas. Assim, a despeito da criação em 1846 de um registro hipotecária, até a edição da Lei de 1.237/1864 as transmissões de direitos reais sobre imóveis continuaram a se dar mediante a celebração do contrato seguida de tradição, sem qualquer publicidade.

Isto se deu em virtude da necessidade de se fornecer segurança ao mercado de crédito que se formava no país, cujas garantias se viam ameaçadas pela existência de hipotecas ocultas onerando os bens. Era a idéia do registro, assim, tornar público o estado atual do patrimônio dos cidadãos, e, com isso, reprimir fraudes que afligiriam os potenciais credores, e dar efetividade às hipotecas.<sup>20</sup>

O registro hipotecário teve sua criação prevista no art. 35 da Lei Orçamentária de 1843 (Lei 317, de 21 de outubro de 1843), e foi regulamentado em 14 de novembro de 1846, pelo Dec. 482. Segundo este regulamento, o registro de uma hipoteca produzia certos efeitos, enumerados em seu art. 13: a nulidade, em favor do credor, das alienações posteriores ao registro – gratuitas ou onerosas – de bens dados em hipoteca; a possibilidade de o credor penhorar e executar os bens dados em hipoteca, com quem quer que se encontrassem; e a garantia ao credor, em relação a outros credores, de prioridade decorrente da anterioridade do seu registro.

Ainda, o regulamento condicionava a existência das novas hipotecas ao registro no ofício da comarca de situação do bem, e concedia às já existentes um prazo de um ano após a instalação do registro para que os credores que as titulassem as registrassem. Se este prazo fosse ultrapassado sem que houvessem tomado esta providência, o registro, quando feito, não mais retroagiria seus efeitos à data da constituição do ônus, podendo acarretar a perda do direito de prioridade.

A inscrição da hipoteca no registro se fazia por uma nota da dívida e era lançada em livro criado pela lei para este fim. O acesso a esta informação era franqueado ao público, tornando pública a existência de uma dívida, e dos bens dados em hipoteca para garanti-la. Previa o Decreto a existência de um livro índice, que, sendo escriturado em ordem alfabética, facilitasse o conhecimento, "sem equívoco", de todos os bens hipotecados que estivessem registrados naquele cartório.

E devia o "tabelião do registro geral das hipotecas" fornecer, independente de autorização judicial, e a quem solicitasse, certidão dos atos registrados; ou

<sup>20.</sup> Cf. L. TRIGO DE LOUREIRO, op. cit., p. 124.

certidão negativa da existência de hipotecas, relativa a uma certa pessoa, ou a certos bens, caso em que a certidão somente poderia ser entregue aos próprios donos dos bens em questão, ou seus procuradores.

Assim, era possível ao público saber em que termos uma certa hipoteca havia sido constituída; mas a informação sobre o estado atual do patrimônio de alguém, ou a certificação de que um certo bem se encontrava livre, somente poderia ser fornecida à própria pessoa em questão.

O sistema, contudo, não funcionou a contento. Segundo Lafayette, a legislação de 1843 e 1846 foi um ensaio de publicidade, imperfeito e manco.<sup>21</sup> Seu grande defeito residia em não abranger o registro das transmissões de propriedade, e, desse modo, não gerar a necessária publicidade da titularidade dos bens. Com isso, era possível saber se alguém havia constituído uma hipoteca sobre um determinado bem; mas não se sabia se aquele que figurava como hipotecante era, efetivamente, seu proprietário, o que era requisito da validade da própria hipoteca.

### 2.3. A criação do registro geral de imóveis

Como se disse, o sistema criado em 1843 não teve êxito na concessão aos credores de uma garantia real efetiva. Por vezes, quando da execução descobria-se que o devedor não era o proprietário do imóvel hipotecado; e, ainda, vinha o credor a saber que havia outros credores com créditos privilegiados em relação ao seu. Nos dizeres de PERDIGÃO MALHEIROS, "A chicana e as tricas forenses ostentavão-se soberbas contra o credor, e mil outros embaraços, que o desanimavão de sujeitar seus capitaes a tantas eventualidades". <sup>22</sup>

Desse modo, os imóveis permaneciam imprestáveis a garantir créditos, o que fazia com que os credores tendessem a optar por garantias pessoais, em especial a fiança. Havia, portanto, necessidade de uma reforma na legislação, de maneira a fomentar o surgimento de sociedades de crédito real, e atribuir prioridade efetiva às hipotecas contra quaisquer outros créditos ou privilégios. Nesse intuito, o governo imperial determinou que fossem analisados os siste-

<sup>21.</sup> Cf. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Cousas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, p. 406.

<sup>22.</sup> Cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIROS, Repertório ou Índice Alphabetico da Reforma Hypothecaria e Sobre Sociedades de Crédito Real (L. n.o 1237 de 24 de Setembro de 1864; Reg. n. o 3741 de 3 de Junho de 1865), 1.ª ed., Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1865, p. V.

mas de publicidade imobiliária vigentes no exterior, de onde foram extraídas certos princípios centrais: a) a hipoteca se destinaria tão somente à oneração de bens imóveis; b) deveria ser especializada e registrada independentemente de sua origem, legal ou convencional, com exceção da concedida à mulher casada, aos menores e interditos; c) as aquisições dos bens hipotecáveis, bem como a constituição sobre eles de outros direitos reais limitados, deveriam também ser levadas ao registro.<sup>23</sup>

Por conta deste último princípio, o registro acabaria por funcionar, também, como um repositório das propriedades. Contudo, não provava de maneira cabal o domínio, permanecendo possível que o verdadeiro proprietário do bem reivindicasse o bem de quem o houvesse adquirido *a non domino*, ainda que tal aquisição viesse a ser registrada.

Destaque-se, portanto, que segundo os princípios que orientaram a criação de um registro de propriedades no Brasil, na Lei 1.237/1864, o registro das aquisições teria finalidade subordinada ao registro das hipotecas.

Neste intuito, o Conselheiro Nabuco de Araújo – encarregado de elaborar um projeto de reforma – apresentou à Câmara suas conclusões, na sessão de 25 de julho de 1854. O projeto estabelecia três classes de hipotecas, a saber, privilegiadas, legais e convencionais. Tratava dos graus de preferência entre elas, e instituía o registro das transferências de propriedade e das constituições de direitos reais limitados a cargo de um "Conservador". Ficava, ainda, consagrado o princípio pelo qual o registro não gerava prova cabal de domínio.

Em 22 de agosto do mesmo ano foi emitido parecer da comissão criada na Câmara para avaliar o projeto, afirmando que o projeto trazia para o Brasil dois princípios inovadores e nascidos na Alemanha: a publicidade e a especialidade. A esse respeito, afirma textualmente:

No Brasil estes princípios não se haviam introduzido na legislação; a especialidade não se conhecia, e a publicidade só nos últimos tempos fora admitida e assim mesmo incompleta e manca, não trazendo portanto as vantagens que a deviam acompanhar. Fixar o direito de propriedade deve ser a primeira condição de um bom sistema hipotecário. Aqui desejaria a Comissão dar à transcrição maior valor do que lhe dá o projeto; a transcrição deve importar a prova da propriedade e não uma simples presunção.<sup>24</sup>

<sup>23.</sup> Cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIROS, op. cit., pp. VI-VII.

<sup>24.</sup> Cf. LYSIPPO GARCIA, *O Registro de Imóveis – A Transcripção*, vol. I, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1922, p. 90.

No ano seguinte, alguns membros da comissão viriam a se manifestar de maneira favorável a servir o registro das transmissões como prova inconteste da propriedade, o que levou à apresentação de um substitutivo com estas características. No entanto, foi rechaçado pela comissão do Senado, que o entendeu incompatível com as condições então vigentes no país:

A Comissão não desconhece que seria muito proveitoso para a consolidação e certeza do domínio o registro público dos títulos de propriedade, de maneira a considerar-se o adquirente, ou o credor hipotecário, perfeitamente seguro e inatacável a respeito do objeto adquirido ou hipotecado, e dos encargos a que está sujeito; porém, o meio do sistema não produz estes resultados. A propriedade continua sujeita às variadas ações reais, não só do próprio cedente, mas às que este era obnóxio, visto como, segundo o disposto no projeto, o registro não prova o domínio, que fica a salvo a quem o tiver. Nos países em que essa formalidade foi adotada, acontece o contrário, porque em alguns constitui a mutação das propriedades um ato judiciário, em que se liquida o domínio, servindo-lhe de prova; em outros, o solo está demarcado, cadastrado e dividido cuidadosamente. Se estas condições não existem entre nós, como transplantar o sistema que nelas se baseia?<sup>25</sup>

Com isso, o projeto foi aprovado de modo a não ter o registro o efeito de prova cabal da propriedade. Segundo FURTADO DE MENDONÇA, 26 o regime instituído pela Lei 1.237/1864 continha elementos importados do sistema francês e do sistema alemão, em uma tentativa de conciliá-los. Assim, instituía a necessidade de registro para a transmissão da propriedade imobiliária *inter vivos*; mas mantinha a sua desnecessidade para as transmissões *causa mortis*, isentando-as de qualquer formalidade para a aquisição dos direitos. Ainda, instituía a taxatividade dos direitos reais limitados que poderiam se registrados, e, portanto, ser opostos a terceiros. Direitos não mencionados na lei não seriam registráveis, e, portanto, seriam havidos como meros direitos pessoais.

Dessa maneira, no regime da Lei 1.237/1864 o registro funcionava como tradição da propriedade imobiliária. Nesse sentido seu art. 8°, prevendo que, em havendo duas alienações do mesmo bem, prevaleceria aquela que em primeiro lugar houvesse sido registrada, ainda que tivesse havido anteriormente a tradição do bem ao outro adquirente. Em razão disso, era o sentir de TEIXEI-RA DE FREITAS que o Brasil filiara-se aos países que empregavam o registro

<sup>25.</sup> Cf. LYSIPPO GARCIA, op. cit., p. 91.

<sup>26.</sup> Cf. J. FURTADO DE MENDONÇA, Direito Hypothecario do Brasil, 1.ª ed., RIO DE JANEIRO, A. A. Da Cruz Coutinho Editor, 1875, p. 41-53.

como "tradição legal do bem". Diferentemente do que ocorria na França - onde bastava o consentimento para transmissão da propriedade - a Lei 1.237/1864 prescrevia a necessidade de registro para efetiva transmissão.<sup>27</sup> E, tal como ocorria com a tradição, nada agregava ou retirava da substância do próprio título que transmitia o domínio. Não era apta a supri-lo ou retificá-lo, e não derrogava o brocardo que afirmava não poder ninguém transferir mais direitos do que possui.<sup>28</sup> Para LAFAYETTE, Uma propriedade que existisse entre os contratantes mas não perante terceiros seria uma monstruosidade que repugna a inteligência humana.<sup>29</sup>

Observe-se, no entanto, que para uma outra corrente, que não prevaleceu, o registro não implicava a tradição legal do bem, mas seria – tal como no sistema francês – meio de gerar publicidade de uma transmissão que já ocorreu pela celebração do contrato.<sup>30</sup>

Promulgada a lei, e baixado seu regulamento, pelo Decreto 3.453 de 26 de abril de 1865, o primeiro passo foi a instalação do registro geral. Determinava o regulamento que este fosse criado em todas as comarcas do Império – tal como já ocorria no regime anterior – ficando a cargo de um dos tabeliães de sua cidade ou vila principal. Ficavam autorizados a assumir os "ofícios do registro geral" os tabeliães que já haviam sido designados para o Registro Hipotecário, bem como os "tabeliães especiais" que haviam sido investidos especificamente para aquele encargo, por nomeações na Côrte e capitais das províncias.

A data da instalação foi marcada para três meses após a entrada em vigor do regulamento, ocasião em que cessaria o funcionamento dos antigos registros

<sup>27.</sup> Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, op. cit., p. 281.

<sup>28.</sup> Cf. D. V. C. DE ALBUQUERQUE SOBRINHO, Regimen Hypothecario Brazileiro (Legislação e Doutrina), 1.ª ed., Porto Alegre, Typographia da Livraria Americana, 1906, p. 26 (nota 9).

<sup>29.</sup> Cf. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, op. cit., p. 116 (nota 02).

<sup>30.</sup> Cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIROS, op. cit., p. VI; J. DE OLIVEIRA MACHADO, Manual do Official de Registro Geral e das Hypothecas – Tratado complete sobre a definição, criação, concurso, provimento, virtudes, direitos e deveres, permuta, graduações, férias, licenças, penalidades do cargo, bem como sobre a inscripção de hypotheca ou penhor e transcripção de transmissão de immoveis ou constituições de ônus reaes. Acompanhado de um formulário de instalação do registro, prenotação, especialisação, recursos, extractos, etc, 1.ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1888, p. 256; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol. IV, 13.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 90; W. de BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, vol. 3, 22.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 104-105.

hipotecários. E, o que é mais importante, esta mesma data fixava o início da eficácia dos registros das aquisições, bem como da sua imprescindibilidade.

Neste novo regime, o acesso às informações constantes dos registros ficava facilitado. Deveria ser criado um índice dos imóveis que figurassem, de modo direto ou indireto, nos diversos livros de registro, o "indicador real", no qual seriam destinadas folhas específicas para cada freguesia integrante da comarca. E a indicação de casa imóvel no índice deveria conter dados acerca de sua denominação, se rural, ou rua e número, se urbano; o nome do proprietário; as diversas referências feitas a ele nos livros de registro; e eventuais anotações. Ainda, deveria ser criado um outro índice, que dissesse respeito às pessoas que figurassem nos diversos livros de registro, o "indicador pessoal", contendo menção de seu nome, domicílio, profissão, e a indicação de referencias feitas a ela nos livros de registro.

Com isso, passava a haver dois critérios de busca dos dados contidos no registro, imóveis e pessoas. E, diferentemente do que ocorria no regime anterior, a nova lei determinava que os oficiais deveriam fornecer certidões dos atos registrados a qualquer pessoa que as solicitasse, sem restrição, independente de seu interesse.

Para OLIVEIRA MACHADO, o oficio deveria ser desempenhado por oficiais sujeitos a um concurso especial, austero e exigente.<sup>31</sup> Na Corte e nas capitais, o ofício estava efetivamente sujeito a concurso. Já em outras comarcas, contudo, a situação era diversa. Não havia oficiais efetivos com esta atribuição, pessoas que o desempenhavam mediante comissão temporária, que independia de provimento vitalício e definitivo, e que não estava submetida ao concurso público, bastando designação pelo presidente da província. Com isso, fora da Côrte e capitais, a delegação acabava por ser um presente de políticos e juízes, mudando com a mudanca destes.<sup>32</sup>

## 2.4. As modificações trazidas para o sistema pelos Códigos Civis de 1916 e 2002

O advento do Código Civil de 1916 gerou grande polêmica entre os civilistas brasileiros da primeira metade do século XX,33 sobre ter sido introduzida

<sup>31.</sup> Cf. J. M. DE OLIVEIRA MACHADO, op. cit, p. 18-21.

<sup>32.</sup> Cf. J. M. DE OLIVEIRA MACHADO, op. cit, p. 22-23.

<sup>33.</sup> Cf., por exemplo: P. AZEVEDO, Registro de Imóveis (Valor da Transcrição), 1.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942; F. EULER BUENO, Effeitos da Transcripção no

ou não no Brasil a fé-pública registral dos sistemas de registro da matriz germânica. Este debate durou, ao menos, até os anos 40, e o cerne da discussão residia na interpretação que se deveria dar ao art. 859 do Código: *Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.* 

Se prevalecesse a posição que entendia pela introdução da fé-pública, ficariam respaldadas as aquisições de imóveis feitas por terceiros de boa-fé, ainda que, posteriormente, se constatasse que o alienante não era o real proprietário da coisa.

O principal expoente desta primeira corrente foi LYSIPPO GARCIA,<sup>34</sup> segundo o qual o projeto do Código Civil tinha como objetivo obter a consolidação da propriedade imóvel, por meio da modificação do sistema existente anteriormente e da atribuição ao registro de força probante em relação a terceiros. Relata o autor que quando da tramitação do projeto de código civil foi suprimido um parágrafo ao mencionado artigo, o qual prescrevia que "a inscrição não induz prova de domínio que fica a salvo a quem de direito".

Os traços mais marcantes do sistema germânico seriam, ainda segundo o autor, a força probante dos livros, com inscrições tidas por verdadeiras até prova em contrário; a legalidade, ou seja, a análise pelo encarregado pelo registro da conformidade com a lei dos vários títulos apresentados a registro, e o poder de recusá-los se inadequados; e a publicidade, ou seja, consistir o registro em base segura de conhecimento e de fácil demonstração do estado da propriedade imóvel. E nesse sentido teria trabalhado o autor do Código de 1916, o que se percebia especialmente pela supressão desse parágrafo.

Da força probante do registro – a fé pública registral – resultaria uma conseqüência muito importante: o eventual cancelamento do registro pelo qual o alienante de um bem o adquiriu, não atingiria o direito de terceiros adquirentes de boa fé e que contrataram a título oneroso. Assim, em tal sistema ficariam expostos a risco os contratantes, entre si; quem adquiriu o bem de pessoa que não registrou sua aquisição; e os terceiros de má-fé, ou que adquiriram o imóvel a título gratuito. Por outro lado, ficariam protegidos os terceiros adquirentes de boa-fé, e que contrataram a título oneroso. Ainda segundo o autor, o sistema

regime do Código Civil Brasileiro, 1.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1941; SORIANO NETO, Publicidade Material do Registro Immobiliario (Effeitos da Transcripção), Recife, Officina Gráfica da Tribuna, 1940. Para uma exposição mais aprofundada dos termos deste debate, cf. L. BRANDELLI, Registro de Imóveis – Eficácia Material, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 230-252.

<sup>34.</sup> Cf. LYSIPPO GARCIA, op. cit., p. 103-109.

francês – alternativa ao germânico - condicionava a segurança da propriedade à *probatio diabolica* dos glosadores medievais, ensejando a necessidade de investigação da genealogia da propriedade. Não se poderia admitir vigorar no país tamanha insegurança, criada por uma propriedade sempre vacilante.<sup>35</sup>

A outra corrente – defendendo que o Código Civil de 1916 não implantou no Brasil o sistema germânico – teve sua defesa definitiva em obra publicada por SORIANO NETO,<sup>36</sup> então catedrático de direito civil da Faculdade de Direito do Recife. Para o autor, em primeiro lugar, o § 891 do Código Civil Alemão – de onde se originou o art. 859 do Código Civil Brasileiro – representaria, para o direito alemão, presunção meramente processual, não servindo de base à fé pública. Segundo ele, a unanimidade dos juristas alemães afirmava que a fé pública não estava no § 891, sim no § 892:

§ 892: Reputa-se exato o teor do registro fundiário a favor daquele que adquire, por ato jurídico, um direito sobre um imóvel ou um direito sobre um tal direito, a menos que não esteja inscrita uma contradita contra a exatidão ou não seja conhecida do adquirente a inexatidão.

Assim, o § 891 geraria apenas presunção *iuris tantum* de verdade do registro, regulando o ônus da prova em eventual ação judicial. Poderia aquele cujo nome constava do registro, com base nele, propor ações reais sem necessidade de provar a exatidão do registro, restando legitimado pela aparência de legalidade.

<sup>35.</sup> Também defenderam esta posição Clóvis Beviláqua (cf. C. BEVILÁQUA, Direito das Coisas, vol. 1, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 124-125); Arnoldo Medeiros da Fonseca (Cf. A. MEDEIROS DA FONSECA, O registro immobiliario e sua força probante em face do Código Civil – Effeitos da Transcripção, in, Archivo Judiciário, XLII (1937)); Francisco Bertino Almeida Prado (Cf. F. B. DE ALMEIDA PRADO, Eficácia Probatória do Registro, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, p. 121-122); Pontes de Miranda (Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária., vol. XI, 1.ª ed, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 206-207); dentre outros.

<sup>36.</sup> Cf. J. SORIANO NETO, Publicidade Material do Registro Immobiliario (Effeitos da Transcripção), Recife, Officina Gráfica da Tribuna 1940. O autor foi acompanhado por Virgílio Sá Pereira (cf. V. SÁ PEREIRA, Manual do Código Civil, Vol. VIII, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 110), Gondim Filho (cf. J. G. C. GONDIM FILHO, Transcrição e Domínio no Código Civil, in, Revista de Direito, vol. 68, p. 257-263), Fernando Euler Bueno (cf. Cf. F. EULER BUENO, Effeitos da Transcripção no regime do Código Civil Brasileiro, 1.ª Ed., São Paulo, Ed. RT, 1941, p. 24-36); dentre outros.

Em segundo lugar, seria impensável, do ponto de vista do sistema de publicidade como um todo, transplantar para o direito brasileiro da época, ou para o direito francês, a regra da fé pública registral. Esta seria inerente ao registro fundiário, ou seja, um sistema baseado em matrículas individualizadas de todos os imóveis da circunscrição, cadastro atualizado com elementos de agrimensura e cartografia, e legalidade no exame dos títulos; enquanto que no sistema então vigente no Brasil os registros eram feitos em ordem cronológica, sem atender às regras do direito formal germânico. Ademais, a adoção da fé pública poderia trazer um risco à segurança jurídica Se, por um lado, esta gerava segurança para o tráfego jurídico – as transmissões imobiliárias – por proteger o terceiro adquirente de boa-fé, por outro poderia fazer com que um proprietário perdesse seu bem sem culpa e sem direito a indenização. Com isso, ter-se-ia tão somente um deslocamento do problema: a insegurança não mais atingiria os terceiros adquirentes de boa-fé, mas sim os proprietários. Finalmente, não havia no sistema brasileiro a abstração do sistema alemão: o registro no direito brasileiro era causal, ou seja, permanecia vinculado ao título que lhe dera origem. Assim, tal como no sistema da Lei 1.237/1864, o registro mantinha as características de tradição solene do imóvel.

Retomando as ideias da primeira corrente, SERPA LOPES,<sup>37</sup>respondendo às críticas de Soriano Neto, afirmou não haver um real vínculo de necessidade entre os efeitos materiais da publicidade registral e a existência de um cadastro. Para ele, seria exagerada a ideia de que qualquer sistema de publicidade não baseado no cadastro, e, portanto, sujeito a uma constante necessidade de sincronia entre o estado jurídico e o estado geodésico dos imóveis, estivesse fadado ao insucesso. A função do cadastro era fixar o conteúdo físico, limites e situação do imóvel; e a do livro de registro imobiliário fixar o direito de propriedade e suas modificações.

A falta de cadastro, com isso, não seria óbice à atribuição ao registro da eficácia de prova cabal da propriedade. E isto porque, em primeiro lugar, os limites e característicos do imóvel sempre foram requisitos do registro de imóveis brasileiro, cuja falta acarretava, segundo a jurisprudência, a nulidade do registro. Havia, portanto, individualização da propriedade. Por outro lado, o livro imobiliário era complementado por um repertório de nomes dos titulares, permitindo facilmente saber quais imóveis pertenciam a uma dada pessoa. Em segundo lugar, a abstração ou causalidade do registro em relação ao contrato

<sup>37.</sup> Cf. M. M. SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. I, 4.ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 70-85.

que originaria o registro inscrição não eram características essenciais do sistema, uma vez que o sistema alemão baseava-se na abstração do registro, mas o sistema suíço era causal – e, no entanto, ambos pertencem à família do sistema germânico de publicidade imobiliária. Em terceiro lugar, o princípio da continuidade – não existente no sistema alemão – longe de afastar os efeitos da força probatória dos livros de registro, os auxiliava, por gerar precisão e visibilidade do domínio. Em quarto lugar, a existência do procedimento de "dúvida registral" dava ao encarregado do registro prerrogativas semelhantes às que tinha o encarregado do sistema germânico, afirmando o vigor do princípio da legalidade. Em quinto lugar, a responsabilidade do Estado pelas faltas ocorridas quando do registro transcrição - apontada como requisito do sistema germânico – seria matéria dissociada da eficácia probatória dos livros de registro; e, ainda, dever-se-ia dizer que talvez os oficiais fossem melhores fiadores de seus atos do que o próprio estado, cuja responsabilidade por seus atos era matéria polêmica, não estando totalmente afastada. Enfim, segundo ele, dar ao art. 859 do Código a função de gerar uma presunção puramente processual seria criar um corpo estranho no organismo jurídico nacional, gerando um sistema que não participa nem do "esplendoroso" sistema germânico, nem do "bisonho" sistema francês.

PHILADELPHO AZEVEDO<sup>38</sup> apresenta argumentos semelhantes em favor da adoção da fé-pública registral, diagnosticando que o próprio sistema alemão tinha suas imperfeições – por exemplo, a existência de um negócio no contrato de compra e venda e de outro no ato de transmissão, tecnicismo distante da realidade; o enorme desprezo pela posse; a ocorrência ocasional de o mesmo imóvel figurar em mais de uma folha de registro, com proprietários diferentes – o que não fazia com que deixasse de ser o melhor. Assim, eventuais riscos não poderiam impedir o desenvolvimento do sistema também no direito brasileiro. A realização de um cadastro seria impossível a curto prazo, e dependeria de levantamentos cartográficos e geodésicos. Mas isto não tornaria o sistema de força probante dos livros impossível no Brasil. Em primeiro lugar, a identificação de imóveis urbanos era fácil, o que muito contribuiria para a regularização dos títulos. E mesmo quanto aos imóveis rurais, muitos deles já estavam perfeitamente individualizados e identificados, especialmente os mais valiosos, pois o interesse econômico seria acompanhado de cautelas e garantias. Com tudo isso, a solução para o Brasil deveria, mesmo, ser buscada em um sucessor do

<sup>38.</sup> Cf. PHILADELPHO AZEVEDO, Registro de Imóveis (Valor da Transcrição), 1.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942.

velho registro hipotecário, que deveria ser aperfeiçoado tanto quanto possível, especialmente pela adoção da fé-pública registral.

A despeito dos esforços em defesa da implantação do sistema germânico, ao final acabou prevalecendo a idéia de que o artigo 859 apenas gerava uma presunção relativa, de natureza processual, e que os terceiros adquirentes de boa fé não estavam protegidos contra a evicção.<sup>39</sup>

Isto foi consagrado no art. 1.247 do Código Civil de 2002, o qual tem a seguinte redação: "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". Ou seja, nos termos do Código, não fica o terceiro adquirente de boa-fé protegido contra a eventual reivindicação pelo proprietário, após o cancelamento do registro que o espoliou.

### 2.5. As modificações trazidas pela Lei 6.015/1973

A Lei 6.015/1973, norma relativa do direito formal de registro, e não ao direito material, não inovou na matéria relativa a seus efeitos. Contudo, trouxe mudanças profundas à sua forma, pela adoção do fólio real.

Este, materializado na matrícula, organiza os vários atos de registro e averbação em uma folha, que corresponde a um dado imóvel. Ou seja, diferentemente do que ocorria desde 1864 – em que os diversos atos de registro eram praticados em folha coletiva, e segundo a ordem cronológica de sua apresentação – os atos passam a ser escriturados tendo o imóvel como base.

A adoção do fólio real – e, consequentemente, da base real, ou seja, da organização do registro segundo os imóveis – está intimamente ligada ao princípio registral da unidade matricial. Segundo este princípio, cada matrícula deve conter um único imóvel, e ser por ela abrangido por inteiro; e a cada imóvel deve corresponder uma única matrícula.<sup>40</sup>

A adoção deste sistema não gera propriamente um cadastro, já que cada matrícula contem a representação de um dado e específico imóvel. No entanto, o princípio da unitariedade matricial conforma o sistema de registro a eventual

<sup>39.</sup> Cf. SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil – Direito das Coisas*, vol. V, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 92-93; W. de BARROS MONTEIRO, *op. cit.*, p. 105; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 90-94.

<sup>40.</sup> Cf. R. DIP, Da Unitariedade Matricial, in, Registro de Imóveis (Vários Estudos), 1.ª ed., Porto Alegre, Safe, 2005, p. 345.

cadastro gráfico que se crie, possibilitando a correspondência de cada parcela a uma determinada matrícula.<sup>41</sup>

## 3. Breve exposição das atuais classificações aplicáveis aos sistemas de registro de imóveis no direito comparado

A doutrina brasileira tradicional<sup>42</sup> classificava os sistemas de registro em vigor na legislação comparada em duas grandes famílias: a do sistema francês e a do sistema alemão. No sistema francês, o registro não seria elemento da transmissão da propriedade – já que esta se dá pelo próprio contrato – mas mero elemento de publicidade do negócio. Dessa maneira, se, após o registro, se viesse a constatar que a pessoa que figurava nos assentos como titular do bem não era verdadeiramente a proprietária, a alienação que porventura houvesse realizado restaria desprovida de eficácia. Já no sistema alemão, haveria uma presunção absoluta de que o direito real pertence à pessoa em nome de quem está registrado, de maneira que quem adquire um bem daquele que figura no registro como seu titular fica protegido, salvo se constasse do próprio registro a existência de alguma impugnação àquele direito.

O sistema em vigor no Brasil não estaria acomodado em nenhuma das duas famílias, pelo que se dizia que adotara uma posição intermediária: o registro gera presunção de propriedade, mas esta pode ser afastada mediante prova em contrário.

No entanto, novas classificações têm sido propostas pela doutrina estrangeira, e são úteis à compreensão da nova conformação que a Lei 13.097/2015 deu ao registro de imóveis brasileiro.

MONICA JARDIM<sup>43</sup> classifica os sistemas entre: a) aqueles em que o registro gera presunção de exatidão em favor daquele que consta como titular (princípio da legitimação) e efetiva exatidão, por força de lei, em face do terceiro adquirente de boa-fé (princípio da fé-pública registral); b) aqueles em que o registro gera presunção de exatidão em favor daquele que consta como titular (princípio da legitimação) e efetiva exatidão, por força de lei, em favor do terceiro adquirente após a prescrição da ação de reivindicação do verdadeiro proprietário (princípio da fé pública registral); e c) aqueles em que há apenas

<sup>41.</sup> Cf. R. DIP, op. cit., p. 346.

<sup>42.</sup> Cf., por exemplo, S. RODRIGUES, op. cit., p. 423-424.

<sup>43.</sup> Cf. Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos de Registo, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 179-248.

a inoponibilidade a terceiros dos direitos não levados a registro quando deveriam tê-lo sido.

Os que se enquadram na primeira categoria têm como protótipo o sistema alemão. Neste sistema, os efeitos reais independem do negócio obrigacional que ensejou a transmissão (Verpflichtungsgeschäft), mas de um negócio de disposição (Verfügungsgeschäft) - abstrato em relação ao negócio obrigacional seguido do registro no livro de registros. A distinção entre os dois negócios está no seu objeto: um trata das obrigações entre as partes, e o outro do direito real que será constituído. Assim, há, segundo a autora, um "modo complexo" de aquisição, que abrange o negócio de disposição e o registro, mas não o negócio obrigacional. O registro, assim, é constitutivo, já que somente ocorre a transmissão quando o assento está realizado no livro fundiário; mas não é obrigatório, já que não há qualquer dispositivo legal que determine coativamente a sua realização (não obstante, segundo a autora, a sua imprescindibilidade para a transmissão do direito acabe agindo sobre a vontade do interessado com mais força do que qualquer coação). Estão, portanto, presentes a legitimação, pela qual o registro é presumidamente correto, desde que não se prove o contrário, o que atribui a seu titular a possibilidade de fazer valer seu direito, e dele dispor; e a fé-pública registral, pela qual o conteúdo do registro vale como exato, por força de lei, em favor do terceiro adquirente de boa-fé, nas situações em que a situação que consta do registro discrepa da situação real. Ou seja, a boa-fé do terceiro adquirente acaba por suprir a eventual falta de direito pelo alienante, bem como toma por inexistente qualquer ônus ou restrição que não constasse do registro. Por essa razão, neste sistema tem grande importância o "assento de protesto ou contradição" (Widerspruch), pelo qual pode um interessado – o verdadeiro proprietário, por exemplo- tornar pública a existência de uma oposição à exatidão do registro, e, por conseguinte, afastar a proteção que a fé-pública concederia a terceiros adquirentes contra sua pretensão.

Os sistemas que se enquadram na segunda categoria têm como protótipo o sistema austríaco, conhecido como "sistema tabular" ou "do livro fundiário" (*Landtafeln*). Neste sistema, a transmissão da propriedade se dá pela conjugação de um título e um modo de aquisição. Diferentemente do que se dá no sistema anterior, o título se confunde com o contrato, ou seja o negócio jurídico obrigacional (não obstante possa, também, consistir em outras fontes, como uma decisão judicial, ou uma disposição legal, por exemplo); e o modo de aquisição, em se tratando de imóveis, é a "entabulação" (*Einverleibung* ou *Intabulation*) – o registro no livro fundiário, após a celebração de um negócio real (*Verfügungsgeschāft*). Assim, neste sistema três são os elementos envolvidos na transmissão da propriedade: um negócio obrigacional válido, como

uma venda, permuta etc., que não tem efeitos reais, mas age como justa causa da transmissão; um negócio real, celebrado em cumprimento ao negócio obrigacional, e cuja validade depende da validade deste (sendo, portanto, causal); e a entabulação no livro de registro, atendidos os requisitos anteriores. Assim, o sistema é causal, já que a transmissão do direito fica vinculada à validade do negócio obrigacional; e é constitutivo, já que o negócio *per se* não tem o condão de transmitir o direito. Quanto aos seus efeitos, está dotado da legitimação, tal como ocorre no sistema anterior; e também da fé pública, não obstante esta, para operar plenamente seus efeitos, dependa do atendimento de três requisitos: a) não constar do registro qualquer impugnação à sua exatidão, nem ser verificável qualquer inexatidão a partir de sua leitura; e b) a boa-fé do terceiro adquirente; e c) ocorrer a prescrição da ação judicial concedida ao verdadeiro proprietário para obter o cancelamento do registro e reivindicar a propriedade (que é de 60 dias, se tiver havido sua notificação da ocorrência do registro; ou três anos, se não tiver havido esta notificação).

E os sistemas que se enquadram na terceira categoria têm como matriz o sistema francês, no qual os direitos reais sobre imóveis são adquiridos, modificados e extintos independentemente de registro – pelo simples contrato – mas, se legalmente sujeitos a serem registrados, somente são oponíveis *erga omnes*, e, portanto, consolidados em face de terceiros após a realização desta providência. Assim, o titular de um direito que deveria ter sido registrado, mas não foi, não poderá fazer valer sua posição contra quem obteve o registro. É, portanto, consequência da falta de registro sua "inoponibilidade": os direitos são válidos e eficazes, mas não podem ser opostos a terceiros que tenham adquirido, do mesmo autor, direitos sobre o mesmo bem, e os registraram. Não há, por outro lado, nem legitimação, nem fé-pública registral. O registro não gera qualquer presunção, ainda que relativa, de que o direito existe, e pertence a quem consta do registro; e não fica o terceiro adquirente de boa-fé protegido contra a inexistência do direito do alienante, ou contra defeitos que atinjam atos anteriores na cadeia de transmissões. E, com isso, o verdadeiro proprietário que ajuíza reivindicação em face do possuidor que consta do registro como adquirente vê prevalecer seu direito, e poderá opor seu direito até mesmo contra quem adquira o bem do réu, mesmo que a existência da ação não constasse do registro.

BENITO ARRUÑADA<sup>44</sup> propõe outra classificação, que distingue os sistemas entre "registros de documentos" e "registros de direitos".

<sup>44.</sup> Cf. Instituciones del intercambio impersonal: Teoría y método de los registros públicos, la. Ed., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2013, p. 98-104.

Os registros de documentos são caracterizados por funcionarem como depósitos de documentos relativos a transações sobre imóveis, e passaram a ter algum êxito a partir do momento em que os tribunais atribuíram prioridade aos documentos depositados em primeiro lugar, ainda que os negócios neles contidos houvessem sido celebrados após outros não registrados, ou registrados em segundo lugar. Esta inversão de prioridade tenderia a estimular os adquirentes dos direitos a depositar no registro seus documentos (pois temiam perder seu direito para alguém que adquirisse direitos sobre o mesmo bem, e depositasse seu documento). Contudo, é possível a existência de outros direitos cujos títulos não foram depositados, e que podem, portanto, atingir as partes de um negócio cujo documento foi depositado. A prática deste sistema, em especial nos Estados Unidos, demonstrou que estes registros são por vezes bastante incompletos, e, com isso, surgiram profissionais especializados em analisar a qualidade dos vários documentos arquivados, bem como – dada a incompletude dos registros – seguros destinados a garantir a qualidade das aquisições. Ainda, os registros de documentos admitem o depósito de quaisquer documentos que respeitem certos requisitos formais mínimos, como a data de assinatura e a identificação das partes, independentemente de sua legalidade ou colisão com direitos reais preexistentes, o que gera externalidades negativas: documentos depositados que digam respeito ao imóvel em questão e cujo conteúdo seja incompatível com a ordem jurídica vigente deverão ser objeto de análise por profissionais habilitados a cada novo negócio, recriando-se a filiação dos direitos. Assim, se demonstrado, em juízo que o direito do vendedor era defeituoso, o comprador o perde em favor do verdadeiro proprietário. Está, portanto, protegido apenas por uma regra de responsabilidade em face do vendedor, mas não por uma regra de propriedade.45

<sup>45.</sup> Em artigo clássico publicado nos anos 70, GUIDO CALABRESI e A. DOUGLAS ME-LAMED (cf. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in, *Harvard Law Review*, 85, (1972)) sustentam que o Estado possui essencialmente três meios de fazer valer (*to enforce*) um certo direito (*entitlement*) que concede a alguém: a proteção por uma regra de propriedade; a proteção por uma regra de responsabilidade (*liability*); e a estipulação de uma inalienabilidade. A proteção por uma regra de propriedade implica a circunstância de um certo direito somente poder ser retirado de seu titular se este consentir, e pelas condições que estabelecer. Segundo FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (*Fundamentación Econômica Del Derecho de Propiedad Privada e Ingeniería Jurídica Del Intercambio Impersonal*, 1.ª ed., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2011, p, 89), é desejável a situação na qual as titularidades sobre direitos reais imobiliários sejam protegidas por regras de propriedade. Já na proteção por uma regra de responsabilidade, um terceiro pode retirar ou afetar o

Já os registros de direitos caracterizam-se por definir os próprios direitos, já que realizam uma depuração obrigatória dos títulos antes de admitirem o seu ingresso. Tal como ocorre nos registros de documentos, os títulos primeiramente apresentados a registro contam com prioridade; mas após sua apresentação, serão analisados pelo registrador, de modo a se encontrar qualquer elemento que possa prejudicar outros direitos reais. Assim, somente realizará o registro quando estiver convicto de que o título não prejudica qualquer direito real anterior; ou, se o fizer, tal se dá com o consentimento do seu titular.

Por outro lado, ao vislumbrar risco de dano, ou ausência de consentimento válido, o registro é negado. Com isso, o registro terá por objetivo eliminar incertezas e assimetrias de informação, ao reduzir os dados constantes do registro àquilo que passou pelo processo de depuração em que consiste a qualificação registral. A informação gerada pelos registros de direitos, idealmente, será perfeitamente conformada à realidade, protegendo o proprietário anterior e o adquirente. Para isto, devem ser observados três princípios: a) o registro deve refletir a realidade jurídica do imóvel, de maneira a não ser necessária qualquer investigação fora dele; b) o registro somente declarar ao público direitos validamente constituídos, dispensando interessados de investigar sua cadeia filiatória; e c) danos causados por defeitos registrais devem ser indenizados.

Isto sendo observado, o registro terá o condão de criar direitos inatacáveis, pelo que terceiros adquirentes de boa-fé que houverem confiado no registro estarão – salvo em caso de defeito do próprio ato de registro – protegidos por uma regra de propriedade, até mesmo contra o verdadeiro proprietário, cabendo a este proteção por regra de responsabilidade contra quem o espoliou de seu direito.

## 4. A Lei 13.097/2015 e a nova conformação do sistema brasileiro de registro de imóveis

A Lei 13.097 foi promulgada no dia 19 de janeiro de 2015, e trouxe disposições importantes para a matéria do registro de imóveis em seus arts. 53 a 62. Por razões políticas, esta mesma lei tratou de assuntos com conteúdo muito

direito de alguém, devendo pagar por isso um valor objetivamente determinado – ou seja, uma indenização cujo valor é fixado não pelo titular do direito, mas por um terceiro imparcial – o Estado. Finalmente, pela inalienabilidade a alienação voluntária de um certo direito fica proibida em uma ou mais situações, ainda que seu titular com ela consentisse.

diferente daquele que é objeto do presente trabalho, como, por exemplo, a desoneração tributária de partes utilizadas em aerogeradores (art. 1°), a devolução ao exterior de mercadoria importada não autorizada (art. 9°), pequenas centrais hidrelétricas (arts. 108 a 110), dentre muitos outros.

No entanto, os dispositivos contidos nos arts. 53 a 62 já estavam em vigor, por conta da Medida Provisória 656/2014. A exposição de motivos da Medida Provisória revela a intenção presente nesta nova legislação: "O Projeto de Medida Provisória visa também adotar o princípio da concentração<sup>46</sup> de dados nas matrículas dos imóveis, mantidas nos Serviços de Registro de Imóveis".

Esta reunião de informações no registro é justificada, ainda nos termos da exposição de motivos da Medida Provisória, por razões econômicas: "Atualmente, a operação de compra e venda de um imóvel é cercada de assimetria de informação. De um lado, o vendedor tem informações mais precisas sobre sua própria situação jurídica e financeira e sobre a situação física e jurídica do imóvel. Do outro lado, o comprador e o financiador não possuem, de pronto, essas informações, devendo buscá-las em fontes fidedignas(...). "Seja pelo custo de realizar a totalidade das citadas consultas, seja pelo tempo que seria despendido para sua efetivação, ou ainda pela inexequibilidade de tal medida, os potenciais compradores dos imóveis e mesmo as instituições financeiras que os financiam e, consequentemente, os utilizam como garantia ao financiamento concedido, restringem-se, na grande maioria das vezes, a realizar consultas nos órgãos que guardam uma relação geográfica mais próxima com o imóvel. Ou seja, por desconhecimento ou economicidade, os agentes deixam de trabalhar com a totalidade das informações necessárias para aferir o risco e, consequentemente, o efetivo preço da transação e as consolidam com um "vácuo informacional", que possibilita, no futuro, a contestação ou reversão da operação."; vale dizer, está presente na criação da nova lei a ideia de que concentrando-se as informações sobre a situação jurídica de um imóvel em um único repositório obtém-se uma redução na assimetria de informações, em benefício do adquirente, bem como um aumento na segurança jurídica.

Contudo, além desta concentração de informações na matrícula do imóvel, a Lei 13.097/2015 trouxe, como modificação mais relevante para o sistema

<sup>46.</sup> Este princípio, defendido desde muito tempo por DÉCIO ANTONIO ERPEN e JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA, significa que todos os atos ou fatos vinculados a um certo objeto devem ser publicitados por um mesmo e único órgão. Pelo princípio, portanto, devem convergir ao registro de imóveis e nele estarem reunidas quaisquer informações relevantes do imóvel, donde o nome *concentração*. A respeito, cf. D. A. ERPEN e J. P. LAMANA PAIVA, *Registros Públicos*, in *RT* 610 (1986).

brasileiro de registro de imóveis, um reforço de sua eficácia; e isto foi feito pelo emprego de dois mecanismos diferentes: a inoponibilidade e a fé pública registral,<sup>47</sup> das quais já se tratou. Levando em conta este reforço de eficácia, a lei instituiu três modalidades de proteção gerada pelo registro, as quais variam em requisitos e efeitos, conforme a situação da pessoa protegida.

Duas delas repercutem mais diretamente na governança fundiária, e delas se tratará com mais vagar. Já a terceira tem em vista especificamente imóveis urbanos, e por isso dela apenas se fará menção.

A primeira modalidade de proteção tem por objeto na inoponibilidade a terceiros de certas circunstâncias não inscritas previstas expressamente pela lei. Está presente no art. 54, *caput*, e consiste na proteção ao adquirente, credor ou terceiros, independente de boa-fé, relativamente aos atos expressamente indicados pela lei: assim, negócios jurídicos em geral, que tenham por objeto constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis, são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes nas situações constantes dos seus incisos I a IV, e somente elas.

Assim, quem eventualmente venha a adquirir o bem, ou venha a recebê-lo em garantia, fica protegido contra ações reais e pessoais reipersecutórias, constrições judiciais, execuções ajuizadas ou ações em geral em fase de cumprimento de sentença, restrições administrativas ou convencionais ao gozo do direito registrado, ordens de indisponibilidade, ou quaisquer outras ações judiciais cujos resultados possam reduzir o titular do bem à insolvência, desde que quaisquer destas circunstâncias não tenham sido levadas à matrícula no registro de imóveis. Seu objetivo é assegurar a eficácia de negócio que constitua, modifique ou transfira direitos sobre o imóvel (alienações, constituição de direitos reais limitados etc.), recebendo a proteção aquele que deles se beneficie. E a proteção se dá contra atos precedentes, sejam eles relativos ao alienante, diretamente; ou a anteriores titulares do bem.

No entanto, esta modalidade protege estas pessoas apenas em relação às hipóteses já mencionadas, e que foram previstas de maneira expressa no art. 54 da lei. De maneira geral, estas dizem respeito a riscos à solvência dos anteriores

<sup>47.</sup> Também entende que a fé-pública registral foi introduzida no Brasil pela Lei 13.097/2015 MARINHO DEMBINSKI KERN (cf. *A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral?*, in, *RDI 78* (2015), p. 55-57). Com ainda mais argumentos em favor da presença da fé pública e da eficácia material do registro, cf. L. BRANDELLI, *op. cit.*, p. 300.

titulares; à existência de restrições sobre o gozo do bem; ou à litigiosidade da coisa (existência de ações reais ou pessoais reipersecutórias em curso).

Por outro lado, caberá ao interessado na oponibilidade ao adquirente dos atos anteriores providenciar a sua inscrição na matrícula dos imóveis que queira ver atingidos por eles, sob pena de inoponibilidade. Assim, inoponíveis são os direitos mencionados nos incisos ao art. 54, se não publicitados mediante sua inscrição na matrícula. Pode-se dizer, com isso, que há um ônus jurídico imposto a estes interessados de levar ao registro o fato que os beneficia. Não o fazendo, abrem mão de sua oponibilidade.

Em regra, esta inscrição não depende de decisão judicial específica, bastando que se apresente ao registro requerimento instruído com certidão que comprove o ato. Contudo, excepcionalmente na hipóteses do inciso IV, há necessidade de decisão judicial específica. Este diz respeito a outros tipos de ação, isto é, ações judiciais que não sejam execuções, nem estejam em fase de cumprimento de sentença, mas cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o proprietário do bem à insolvência. Caberá a este, preferencialmente, indicar os bens sobre os quais a averbação deverá recair; e deve o juiz restringi-la a quantos bastem para garantir a satisfação do direito. Recebida a ordem, o oficial a prenota e a cumpre, ou devolve com exigências em cinco dias; e, após o cumprimento, deve comunicar o fato ao juiz, no prazo de dez dias.

A segunda modalidade de proteção trazida pela nova lei é mais ampla, e tem por objeto proteção geral ao terceiro de boa-fé, pela eficácia material do registro. Tem sua sede no parágrafo único do art. 54, pelo qual os terceiros de boa-fé que adquiram ou recebam o imóvel em garantia ficam protegidos, inclusive para fins de evicção, contra situações jurídicas não inscritas, salvo certas exceções, previstas expressamente pela lei. Esta segunda modalidade, portanto, protege os terceiros contra quaisquer outras situações jurídicas, como, por exemplo, a de verdadeiro proprietário, que foi espoliado pela transmissão. Com isso, limita a possibilidade de reivindicação do bem, por um lado, bem como da sua evicção, por outro.

Há aqui, efetivamente, fé pública registral. Ainda que o alienante não fosse o verdadeiro proprietário, e ainda que houvesse um título viciado na cadeia de transmissões, fica o terceiro protegido. Vale dizer, o registro terá eficácia material, criando, em alguns casos, direito onde ele não havia. Esta segunda modalidade tem por objetivo proteger terceiros de boa-fé que venham a adquirir ou receber em garantia direitos sobre imóveis, contra "situações jurídicas" não constantes da matrícula – por exemplo, a situação de verdadeiro proprietário; ou a situação jurídica de credor.

Como se disse, diferentemente do que ocorre na primeira modalidade, há aqui exigência de boa-fé. Neste último caso não há ainda uma ação judicial ajuizada, uma ordem de indisponibilidade proferida, ou uma restrição convencional ou administrativa que atinja diretamente o bem. No entanto, há uma situação que gera risco – por exemplo, um defeito na cadeia de transmissões por conta da falsidade de uma escritura, a existência de um crédito ainda não ajuizado etc. Desse modo, não havia ainda um título que pudesse ser levado ao registro, não vigorando, para o credor, ou para o verdadeiro proprietário, o mesmo ônus que vigora na primeira modalidade. Essa a razão, portanto, da exigência de mais um elemento como requisito da proteção: a boa-fé do adquirente.

O ônus de demonstrar a má-fé do adquirente caberá ao titular da situação jurídica não inscrita, prejudicial ao adquirente. Contudo, terá este interessado a possibilidade de fazê-lo, diferentemente do que ocorre na primeira modalidade de proteção, em que a má-fé do adquirente é irrelevante se o fato em questão não foi publicitado na matrícula.

O que significa "terceiro" aqui? Por terceiro entende-se alguém que não adquiriu o bem ou direito diretamente daquele que teve sua situação jurídica violada. Assim, por exemplo, se "B" compra o bem de alguém que se passa por "A", proprietário do bem, esta pessoa "B", mesmo que esteja de boa-fé, não contará com a proteção da eficácia material do registro. Já se "B" comprou de "A" – que se passou pelo proprietário tabular – e vendeu o bem a "C", então "C", se de boa-fé, contará com a proteção.

Há, contudo, exceções muito relevantes, e que podem comprometer sua eficácia na melhoria da governança fundiária brasileira.

A primeira exceção trata das hipóteses de aquisição ou extinção da propriedade que independam de registro, como as aquisições originárias, ou causa mortis. Assim, se alguém adquire imóvel do titular tabular e registra a transmissão, ainda assim o perderá em favor de quem outra pessoa que já o tenha adquirido por meio de usucapião, ainda que a ação não constasse da matrícula, ou mesmo que não houvesse sido ainda ajuizada. O mesmo ocorrerá se adquirir o bem de herdeiro aparente, e o verdadeiro herdeiro vier a reivindicá-lo. Com isso, não bastará ao adquirente verificar a matrícula do bem: por exemplo, se este estiver eventualmente na posse de ocupantes que reúnam os requisitos para adquiri-lo por usucapião, prevalecerá o direito de tais ocupantes contra o adquirente tabular, sendo, ainda, imprescindível a verificação desta circunstância in loco.

A segunda exceção diz respeito ao disposto nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), que tratam da ineficácia de certos negócios praticados pelo falido em relação à massa falida.

E a terceira exceção, constante do art. 58 da Lei 13.097/2015, trata da aquisição e oneração de imóveis públicos, pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas fundações e autarquias. Dessa maneira, ainda que um imóvel esteja registrado como pertencente a um particular, se, posteriormente, mediante os instrumentos próprios, se constata que na verdade se trata de imóvel público – terra devoluta, por exemplo – o terceiro que o adquiriu de quem figurava como proprietário tabular não ficará protegido, ainda que estivesse de boa-fé.

São, portanto, exceções de grande importância, e que poderão acabar por comprometer a segurança do registro, e o alcance dos objetivos declarados na exposição de motivos da nova lei, sendo salutar, *de lege ferenda*, a discussão sobre a conveniência ou inconveniência de sua manutenção no sistema.

Finalmente, a terceira modalidade de proteção consiste em uma proteção especial concedida aos adquirentes de unidades autônomas condominiais ou lotes, pela eficácia material do registro. Há, novamente, proteção contra evicção ou decretação de ineficácia, e com isso, fé pública registral. Ou seja, o adquirente, nestes casos, fica protegido contra a possibilidade de o "verdadeiro proprietário" reivindicar o bem, bem como contra a possibilidade de os credores do alienante (os quais ficam sub-rogados no preço pago, ou no crédito) buscarem a ineficácia da alienação. A diferença desta proteção "facilitada" em relação à modalidade geral de proteção pela eficácia material está em não ser exigida a boa-fé do adquirente, o que se faz com o objetivo de se estimular os empreendimentos imobiliários.

#### Conclusão

O sistema brasileiro de registro de imóveis, em sua origem, tinha por objetivo gerar segurança para as hipotecas, e, com isso, fomentar o crédito baseado em garantias reais. Assim, foi formatado para esta finalidade, ficando o registro das aquisições de propriedade a ela subordinado.

Com isso, não poderia, em princípio, servir de base a mecanismos de governança fundiária, já que antes de ser um registro de propriedades, era um registro de contratos garantidos por hipoteca.

No entanto, já desde a lei de 1864 – e durante a vigência do Código Civil de 1916 – muitas vozes houve que tentaram implantar no Brasil a segurança jurídica proporcionada pela fé pública registral, gerando certeza dos direitos registrados. Apesar disso, durante muito tempo predominou o entendimento de que o país não estaria ainda preparado para isso, mantendo-se o sistema

em que o registro era equiparado à tradição do bem, e concedia ao titular do direito registrado tão somente a legitimação.

No entanto, a Lei 13.097/2015 altera este quadro, atribuindo ao registro de imóveis brasileiro a fé pública registral e, com isso, modificando pilares fundamentais do sistema. Com isso, o sistema brasileiro passa a conceder proteção "forte" a terceiros, na terminologia de Mônica Jardim. Contudo, permanece sendo causal, ou seja, ficando a validade do registro condicionada à validade do negócio obrigacional, pelo que aproxima-se, segundo a classificação proposta por esta autora, do sistema austríaco da "entabulação".

Por outro lado, passa a consistir de maneira definitiva em um sistema de registro de direitos, concedendo, aos terceiros adquirentes de boa-fé, proteção mediante uma regra de propriedade, na terminologia de Calabresi e Melamed.

Há, com isso, ganhos para o papel que o registro de imóveis desempenha na governança fundiária: suas informações se tornam mais confiáveis, já que, mediante a circulação do bem, os elementos anteriores da cadeia filiatória passam a ter reduzida importância.

Apesar disso, suas exceções comprometem estes ganhos, abrindo flancos importantes na segurança jurídica. Com efeito, estas exceções fazem com que não seja ainda possível dizer que a informação oferecida pelo registro será plenamente confiável.

Finalmente, caberá a jurisprudência – que ainda não se debruçou sobre o tema – definir o real alcance dos dispositivos contidos na lei, de maneira a fazer valer, efetivamente, os efeitos da fé-pública registral.

### 6. Bibliografia

- ALBUQUERQUE SOBRINHO, Diogo Velho Cavalcanti de, Regimen Hypothecario Brazileiro (Legislação e Doutrina), 1.ª ed., Porto Alegre, Typographia da Livraria Americana, 1906.
- ALMEIDA COSTA, Mario Julio de, *História do Direito Português*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- ALMEIDA PRADO, Francisco Bertino, *Eficácia Probatória do Registro*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943.
- ANTONIL, André João, *Cultura e Opulência do Brasil*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 1997.
- ARRUÑADA, Benito, *Instituciones del intercambio impersonal: Teoría y método de los registros públicos*, 1.ª ed., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2013.
- AZEVEDO, Philadelpho, *Registro de Imóveis (Valor da Transcrição)*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942.

- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, 1°. vol., 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956.
- BRANDELLI, Leonardo, Registro de Imóveis Eficácia Material, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Arthur Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, in, Harvard Law Review, 85, (1972).
- CORREA TELLES, José Homem, Manual do Tabelião ou Ensaio de Jurisprudência Euremática, 1.ª ed., Lisboa, Impressão Régia, 1830.
- COSTA PORTO, José Antonio da, *O sistema semarial no Brasil*, 1.ª ed., Brasilia, Editora Universidade de Brasília, 1979.
- DIP, Ricardo, *Da Unitariedade Matricial*, in, *Registro de Imóveis (Vários Estudos)*, 1.ª ed., Porto Alegre, Safe, 2005.
- ERPEN, Décio Antonio; LAMANA PAIVA, João Pedro, Registros Públicos, in RT 610 (1986).
- EULER BUENO, Fernando, Effeitos da Transcripção no regime do Código Civil Brasileiro, 1.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1941.
- FURTADO DE MENDONÇA, José, *Direito Hypothecario do Brasil*, 1.ª ed., RIO DE JANEIRO, A. A. Da Cruz Coutinho Editor, 1875.
- GARCIA, Lysippo, *O Registro de Imóveis A Transcripção*, vol. I, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1922.
- GONDIM FILHO, Transcrição e Domínio no Código Civil, in, Revista de Direito, vol. 68.
- JACOPETTI DO LAGO, Ivan, História da Publicidade Imobiliária no Brasil, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.
- JARDIM, Monica Vanderleia Alves de Souza, *Efeitos Substantivos do Registo Predial Terceiros para Efeitos de Registo*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- KERN, Marinho Dembinski, *A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral?*, in, *RDI 78* (2015), p. 55-57.
- MARCHI, Eduardo César Silveira Vita, Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias, Artigos),1.ª ed., Lecce, Edizioni del Griffo, 2001.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnoldo. O registro immobiliario e sua força probante em face do Código Civil Effeitos da Transcripção, in, Archivo Judiciário, XLII (1937).
- MENDES DE ALMEIDA, Cândido, Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d´el-Rey D. Philippe I, vol. IV, 14.ª ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro, Fundamentación Econômica Del Derecho de Propiedad Privada e Ingeniería Jurídica Del Intercambio Impersonal, 1.ª ed., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2011.

- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil Direito das Coisas*, vol. 3, 22.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983.
- OLIVEIRA MACHADO, José de, Manual do Official de Registro Geral e das Hypothecas Tratado complete sobre a definição, criação, concurso, provimento, virtudes, direitos e deveres, permuta, graduações, férias, licenças, penalidades do cargo, bem como sobre a inscripção de hypotheca ou penhor e transcripção de transmissão de immoveis ou constituições de ônus reaes. Acompanhado de um formulário de instalação do registro, prenotação, especialisação, recursos, extractos, etc., 1.ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1888.
- PERDIGÃO MALHEIROS, Agostinho Marques, Repertório ou Índice Alphabetico da Reforma Hypothecaria e Sobre Sociedades de Crédito Real (L. n.o 1237 de 24 de Setembro de 1864; Reg. n.o 3741 de 3 de Junho de 1865), 1.ª ed., Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1865.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado Parte Especial Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária., vol. XI, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.
- POUSADA, Estevan Lo Ré, *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil Direito das Coisas*, vol. V, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975.
- RODRIGUES PEREIRA, Lafayette, *Direito das Cousas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos.
- SÁ PEREIRA, Virgilio, *Manual do Código Civil*, vol. VIII, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.
- SERPA LOES, Miguel Maria de, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. I, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, 13.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- SORIANO NETO, Publicidade Material do Registro Immobiliario (Effeitos da Transcripção), Recife, Officina Gráfica da Tribuna, 1940.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865.
- TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, 4.ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1871.
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Cavalleiro de Macedo, *Formação do Brasil Colonial*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2005.

## Pesouisas do Editorial

### Veja também Doutrina

- A Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral?, de Marinho Dembinski Kern *RDI* 78/15-58 (DTR\2015\3593);
- Política nacional de regularização fundiária. Contexto, propostas e limites, de Edésio Fernandes – RDI 56/241-256 e Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental 3/803-820 (DTR\2004\763); e
- Publicidade registral imobiliária e a Lei 13.097/2015, de Leonardo Brandelli *RT* 962/219-236 (DTR\2015\17071).

# COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA: REGISTRO IMOBILIÁRIO E SEUS EFEITOS

### Purchase and sale agreement: registration and its effects

#### VIVIANE ALESSANDRA GREGO HAIEL

Mestre e Graduada em Direito pela Unesp. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC-Minas/Irib. Professora em nível de Graduação e Pós-Graduação. Advogada. viviane.hajel@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente estudo, realizado com base na teoria tridimensional do direito e no método dedutivo, através da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes ao tema, objetiva a demonstração de corrente partidária da prescindibilidade do registro do contrato de compromisso de compra e venda, para deferimento da adjudicação compulsória, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Como ato prévio à transferência do domínio, por forma derivada, apresenta-se o compromisso de compra e venda, através do qual as partes comprometem--se a formalizar um contrato de compra e venda. Confere ao compromissário-comprador direito real de aquisição do imóvel, oponível a terceiros, desde que registrado no Cartório competente. O direito real do compromissário-comprador impede o promitente-vendedor de dispor do bem, tornando anuláveis quaisquer alienações ou onerações posteriores, além de garantir o direito de seguela ao que prometeu comprar. Estando pago o preço, independentemente do registro, permitia-se a exigência da outorga da escritura definitiva, pelo promitente-vendedor, através da adjudicação compulsória do imóvel. Outra, contudo, a postura do Código Civil de 2002, que passou a exigir a inscrição do contrato, para tanto. Todavia, conclui-se que parcela da doutrina mantém entendimento no sentido da desnecessidade da inscrição do compromisso, junto ao Ofício Registrário competente, para deferimento da adjudicação compulsória.

Abstract: This study, carried out with bases in the three-dimensional theory of law and the deductive method, analyses of the pertinent legislation, doctrine and jurisprudence relevant to the topic, pursues the demonstration of the dispensability of obligatory registry of purchase and sale agreement to grant compulsory award of land, even after the Civil Code of 2002. As a preliminary act to property transfer, by derivation, the purchase and sale agreement, through which the parties assume the obligation to formalize a purchase and sale agreement, confers the real right of property acquisition to the promissory buyer, enforceable against third parties, if the agreement is registered at the competent registry office. The real right conferred to the promissory buyer prevents the promissory seller from freely disposing of this property, making voidable any subsequent acts of disposition or incumbrances, and ensure the right of pursuit to the promissory buyer. Paid the price, regardless of registry, it allowed the promissory buyer to demand the granting of the final deed by means of property adjudication. Another, however, is the position adopted by the Civil Code of 2002, demanding that the contract be previously registered. However, part of the doctrine maintains the position of the dispensability of the prior registry of the agreement for the judge to be able to award the property to the promissory buyer.

Palavras-chave: Compromisso de compra e venda - Registro de imóveis - Adjudicação compulsória.

**Keywords:** Purchase and Sale Agreement – Land registry – Property adjudication.

Sumario: 1. Introito. 2. Escorço histórico. 3. Conceito de contrato de compromisso de compra e venda. 4. Formalidades do compromisso de compra e venda. 5. Importância do registro imobiliário. 6. Efeitos obrigacionais. 7. Adjudicação compulsória. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

## 1. Introito

O presente estudo versa sobre o contrato de compromisso de compra e venda, como título hábil à inscrição nos Cartórios de Registro de Imóveis, bem como sobre os efeitos obrigacionais por ele gerados e, especialmente, sobre os efeitos decorrentes do mencionado registro.

A análise faz-se importante, tendo-se em vista divergências doutrinárias acerca não só do próprio conceito ou definição do contrato de compromisso de compra e venda, mas também a respeito da natureza do direito do promissário-comprador e, ainda, quanto à imprescindibilidade, ou não, do seu registro, para aquisição do direito à adjudicação compulsória.

De forma restritiva, ao se delimitar o tema *Compromisso de compra e venda:* registro imobiliário e seus efeitos, tem-se em mente um trabalho que busque, dentro da teoria da tridimensionalidade, a metodologia utilizada. Assim, serão estudados o fato social, a norma jurídica e o valor decorrente e atribuído a ambos.

Pela utilização do método dedutivo, far-se-á a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes, iniciando-se o trabalho com um breve relato histórico acerca das origens do compromisso de compra e venda, perpassando por sua conceituação, requisitos formais e efeitos obrigacionais, até que se chegue às reflexões sobre as alterações trazidas pelo Código Civil brasileiro de 2002 a respeito do assunto ora versado.

O objetivo maior é a demonstração de posicionamento doutrinário partidário da desnecessidade da inscrição do contrato, para deferimento da adjudicação compulsória, mesmo após o advento da nova codificação civilista, em benefício de grande parcela da população.

## Escorço histórico

Ordenamentos houve que não validavam acordos realizados entre partes, com o objetivo de celebrar um contrato, chamado principal, como o direito

romano, que não dava relevância a este tipo de contrato, dito preliminar: o simples acordo entre partes ou convenção não gerava obrigações (*nuda pactio obligationem non parit*), pois não possuía um fundamento jurídico, a *causa civilis*, a qual embasava um ato jurídico bilateral, a fim de que se tornasse um contrato. Ressalte-se que apenas os credores figurantes em tais contratos possuíam direito a uma ação capaz de socorrê-los contra as peripécias de seus devedores. Leonardo Coviello (apud BESSONE, 1997) afirma que tais convenções poderiam obter eficácia jurídica, desde que ligadas a um contrato, ou tomando a forma de uma *stipulatio*; tendo sido este o início dos *pacta de contrahendo*.

Na legislação portuguesa, origem do direito brasileiro, remontam às Ordenações Afonsinas (século XV) as origens do contrato preliminar, previsto em seu Livro IV, Título 57, § 1.º: "Diz o direito que se dous homes fazem algum contrauto d'aveença, ou de venda, e ficão pera fazer Estromento de Certidoo, aquelle, que ouver de fazer o Estromento, se possa quitar, se quiser, ante que o Estromento faça." (PORTUGAL, 1984a, p. 203).

Em 1603, as Ordenações Filipinas reproduziram, em seu Livro IV, Título XIX, a figura do contrato preliminar, já inserida no Código Manuelino, do século XVI (Livro IV, Título XXXVI) (PORTUGAL, 1984b), com clareza:

Se algumas pessoas fizerem contracto de venda, ou de outra qualquer convença, e ficarem para fazer scriptura desse contracto, antes que se a tal scriptura faça, se póde arrepender e arredar da convença, o que havia de fazer a scriptura. E isto haverá lugar, quando o contracto for tal, que segundo Direito não possa valer sem scriptura, e que a scriptura seja da substância do contracto, assi como nos contractos, que se devem fazer e insinuar, e em contracto emphyteutico de cousa Ecclesiastica, e em outros, que segundo Direito são de semelhante qualidade e condição. (PORTUGAL, 1833, p. 33-34)

O Código Civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 2003), em seu art. 1.088 previa a possibilidade de exercício do direito de arrependimento das partes, antes da assinatura do instrumento público, tendo por consequência somente a indenização por perdas e danos.

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 ao 1.097.

Posteriormente, o Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937), aplicável, inicialmente, somente a imóveis loteados, trouxe a regra da irretratabilidade do pacto, no silêncio das partes, gerando o direito real do promitente-comprador, se registrado o instrumento.

- Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.
- Art. 16. Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo. (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973).
- § 1.º A ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação nem a oferecer nos casos e formas legais." (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973).
- § 2.º Julgada procedente a ação a sentença, uma vez transitada em julgado, adjudicará o imóvel ao compromissário, valendo como título para a transcrição. (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973).

(...)

Referida norma trouxe diversas inovações sobre o tema, atribuindo, como já salientado, característica de direito real de aquisição ao direito do promissário comprador, oponível a terceiros, a partir da averbação (art. 5.º) do compromisso.

Art. 5.º A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.

Ademais, proibiu a faculdade de arrependimento prevista no art. 1.088, CC/1916;<sup>1</sup> possibilitou a adjudicação compulsória, na hipótese de injusta recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva; permitiu a contratação por instrumento particular, independentemente do valor;<sup>2</sup> admitiu a cessão do contrato, independentemente da anuência do promitente vendedor; eliminou a cláusula resolutiva expressa, introduzindo a mora *ex persona*.<sup>3</sup>

<sup>1.</sup> Súmula 166, STF. "É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeita ao regime do Decreto-lei 58, de 10.12.37".

Dispositivo que continua em vigor, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, art. 108, em virtude do princípio da especialidade.

<sup>3.</sup> Para alguns, em verdade, a mora continua sendo *ex re*, havendo necessidade, todavia, da notificação premonitória somente para a propositura da ação de resolução contratual, dada a relevância social destes contratos.

Em sequência, a lei 649/1949 (BRASIL, 1949) estendeu a irretratabilidade do acordo aos imóveis não loteados, como regra, alterando o art. 22 do Dec.-lei 58/1937. Isso significa que, se houver interesse das partes, pode-se prever expressamente o direito à retratação, mediante cláusula de arrependimento – desde que dita cláusula tenha sido inserida em contrato paritário, mantendo-se o equilíbrio entre as partes e se preservando a boa-fé (CC, art. 422).

Art. 1.º O art. 22, do Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, passa a ter esta redação: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código do Processo Civil".

Em 1979, a denominada Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766) derrogou o Dec.-lei 58/1937, quanto aos imóveis urbanos,<sup>4</sup> mantendo a sua aplicação integral somente aos imóveis rurais loteados (os rurais não loteados continuaram previstos na Lei 649/1949 que, em verdade, alterou o art. 22, do Dec.-lei, como já dito). O seu art. 25 tem por não escrita a cláusula de arrependimento, nos contratos relativos a imóveis urbanos loteados.

Art. 25. São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros.

Observe-se que o dispositivo legal já se refere a registro, e não mais a averbação do compromisso de compra e venda, considerando-se, inclusive, a entrada em vigor da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73, art. 167, I, 9 e 18, conforme redação dada pela Lei 6.216/1975).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008), aplicável aos imóveis urbanos e aos rurais não loteados quanto à temática, regula expressamente o contrato preliminar, em seus arts. 462 ao 466.

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento,

<sup>4.</sup> Permanecem aplicáveis aos imóveis urbanos os arts. 5.º, 8.º, 10, 12 (exceto o § 2.º), 15, 16, 17 e 22.

qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

O instituto fora previsto, ainda, no âmbito processual, através do art. 1.006, § 2.º, do CPC de 1939 (BRASIL, 1939), ao afirmar que, "nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo".

## 3. Conceito de contrato de compromisso de compra e venda

O compromisso de compra e venda é uma espécie do gênero contrato preliminar, através da qual as partes se comprometem a realizar, *a posteriori*, um contrato de compra e venda, como o próprio nome esclarece.

Segundo Darcy Bessone (1997), o contrato preliminar tem por característica principal o seu objeto, que se perfaz na obrigação de contratar. Assim, o contrato preliminar é aquele firmado entre duas ou mais partes, as quais se obrigam a constituir um segundo contrato, ou seja, o contrato definitivo ou principal. Este último terá como objeto, então, as suas próprias prestações, de acordo com o seu conteúdo. Extinguirá ele, portanto, as obrigações do contrato preliminar, por sua própria existência e por satisfazer as obrigações naquele previstas, criando, ainda, outras obrigações, decorrentes das novas relações que dele resultarem.

Executa-se, geralmente, através da conclusão do contrato definitivo que, em consequência, torna-se, simultaneamente, solutório e constitutivo. Será solutório, enquanto consistir no cumprimento de obrigações assumidas no contrato precedente, extinguindo-as. Será constitutivo, no concernente às novas relações que dele resultarem, em caráter definitivo.

Assim, não são idênticos os objetos do contrato preliminar e do definitivo. No primeiro, o objeto é a obrigação de contratar, ao passo que, no segundo, são as prestações próprias do contrato principal, como as que derivam da compra e venda.

O compromisso de compra e venda é o contrato pelo qual as partes se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito negócio principal, ou contrato principal, na opinião de Pontes de Miranda (2001).

Miguel Maria de Serpa Lopes (1991) enuncia que o contrato de promessa de compra e venda caracteriza-se quando o promitente-vendedor promete vender e o promitente-comprador promete comprar coisa determinada ou determinável, possuindo ambos a obrigação de outorgar a escritura definitiva, em conformidade ao estabelecido pelas partes, no contrato.

A promessa de compra e venda pode ser, portanto, bilateral ou unilateral. Será bilateral quando envolver o compromisso de ambas as partes, no sentido da realização do contrato definitivo de compra e venda, estabelecendo, assim, obrigações recíprocas. Como todo contrato preliminar, a promessa de compra e venda gera uma obrigação de fazer, que se executa mediante a outorga do contrato definitivo. A prestação a que as partes estão obrigadas é, assim, o fato da realização da compra e venda. E, como não existe previsão formal para as *obligationes faciendi*, pode assumir a forma pública ou particular.

Já a promessa unilateral consiste numa obrigação para uma das partes (promessa de vender ou promessa de comprar), enquanto a outra parte fica livre para realizar, ou não, o contrato. Um está vinculado à prestação e o outro, não.

Orlando Gomes (2002) entende a caracterização do compromisso de compra e venda como contrato preliminar impróprio, haja vista que, no segundo contrato, há apenas a repetição da vontade expressa no primeiro deles, o compromisso. A fonte das obrigações está no primeiro ato. O segundo, embora denominado *contrato*, não é fonte de direitos e obrigações e, sim, causa de extinção de obrigação, caracterizando-se como um pagamento. Portanto, o compromisso de venda é contrato típico, através do qual as partes se obrigam, reciprocamente, a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil, o contrato de compra e venda.

O contrato de promessa de compra e venda, de natureza imobiliária, tem sido conceituado, portanto, como um acordo de vontades, por meio do qual as partes se obrigam a efetuar, nas condições estabelecidas e de acordo com os preceitos legais, uma escritura<sup>5</sup> definitiva de compra e venda, assim que for pago o preço ajustado.

<sup>5.</sup> Observadas as hipóteses legais em que a escritura pública não se faz necessária para a validade da compra e venda imobiliária.

Observe-se que a promessa de compra e venda apresenta as mesmas características do contrato definitivo: é sinalagmática, pois faz nascer direitos e obrigações a quem vende e a quem compra; é estabelecida a título oneroso, porquanto os contraentes visam a vantagens correspondentes às respectivas prestações; é consensual, pois, para sua formação, é imprescindível o consentimento das partes, restando desnecessária a tradição do objeto para existência do contrato; é comutativo, porque são certas e equivalentes as prestações, não prevendo o risco.

Quanto ao fato de ser ou não instrumento translativo de domínio, é ponto controvertido na doutrina brasileira, dominando, contudo, a teoria segundo a qual a promessa de compra e venda não transmite o domínio, adotada, entre outros, por Pontes de Miranda (2001), Darcy Bessone (1997), Serpa Lopes (1991), Caio Mario da Silva Pereira (2003b) e Orlando Gomes (2002).

Já Barbosa Lima Sobrinho ([19--] (*sic*), p. 91) pensa de maneira diversa. Escreve: "O segundo contrato é uma prestação de fato e não uma alienação", e prossegue, afirmando que a "escritura definitiva já não encontra nenhum direito real para transferir, pois que posse, uso, gozo, disponibilidade da propriedade, tudo foi objeto do primeiro contrato. Parecenos, portanto, que o domínio já foi transferido para o promitente comprador, pois só lhe resta a obrigação de fazer, sem maior significação aliás, pois que pode ser exigida e até desprezada".

E continua o autor: "A realidade mostra que a transmissão dos direitos reais se processa por força do contrato de compromisso de compra e venda, e não do segundo contrato".

José Osório de Azevedo Júnior (1979, p. 7-8) entende que os "tradicionais poderes inerentes ao domínio (*jus utendi, fruendi et abutendi*) são transferidos ao compromissário-comprador, enquanto o compromitente-vendedor conserva para si a propriedade nua, vazia, ou menos ainda do que a propriedade nua. (...) Nada, rigorosamente nada, resta ao compromitente-vendedor".

Opta-se pelo entendimento de ser o compromisso de compra e venda típico contrato preliminar, por ter, como objeto, a formalização de um segundo contrato – a escritura definitiva de compra e venda. Além disso, não é ele apto a transferir o domínio, posto adquirir-se a propriedade imóvel, segundo o ordenamento jurídico nacional, dentre outras formas, pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel (CC, art. 1.245), título este representado pela escritura pública de compra e venda (CC, art. 108), ou por contrato particular, nas hipóteses admitidas em lei. Portanto, o simples compromisso de compra e venda não possui capacidade para transferir o domínio.

# 4. FORMALIDADES DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Como qualquer negócio jurídico, o compromisso de compra e venda deve observar os requisitos de validade, estabelecidos pelo art. 104, CC: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Ainda sobre as regras de cunho geral, estabelece o art. 108 do estatuto mencionado que a escritura pública será da substância do ato, nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta salários mínimos vigentes no país, donde se pode concluir pela exigibilidade da escritura pública em praticamente todos os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis.

Além disso, como consequência do acima exposto, a prova do contrato em lume só se fará por escrito, de acordo com o art. 227, CC, o qual admite a prova exclusivamente testemunhal, somente para aqueles contratos que não ultrapassem o valor correspondente ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foi celebrado o contrato.

Por fim, admite-se o instrumento particular como prova de obrigações convencionais de qualquer valor, quando feito ou assinado por quem se encontre na livre disposição administrativa de seus bens (CC, art. 221). Observe-se, contudo, que dito documento não produzirá efeitos contra terceiros, antes de inscrito no registro público, figurando, apenas, como elemento válido de prova e de garantia das relações jurídicas entabuladas entre as partes contratantes.

Volta-se, agora, mais detidamente, para as especificidades do compromisso de compra e venda.

Reza o art. 26, da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (BRASIL, 1979), que os compromissos de compra e venda poderão se constituir por meio de escritura pública ou instrumento particular, definindo, na sequência, seus requisitos formais:

- I nome, registro civil, cadastro fiscal no Ministério da Fazenda, nacionalidade, estado civil e residência dos contratantes;
  - II denominação e situação do loteamento, número e data de inscrição;
- III descrição do lote ou dos lotes que forem objeto de compromissos, confrontações, área e outras características;
  - IV preço, prazo, forma e local de pagamento bem como a importância do sinal;
- V taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 meses;

VI – indicação sobre a quem incumbe o pagamento dos impostos e taxas incidentes sobre o lote compromissado;

- VII declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente.
- § 1.º O contrato deverá ser firmado em três vias ou extraído em três traslados, sendo um para cada parte e o terceiro para arquivo no registro imobiliário, após o registro e anotações devidas.
- § 2.º Quando o contrato houver sido firmado por procurador de qualquer das partes, será obrigatório o arquivamento da procuração no registro imobiliário.

Também o Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937) não estabelece forma obrigatória para os contratos referentes a imóveis loteados, autorizando sejam eles efetuados por instrumento público ou particular, de acordo com o estatuído em seu art. 11. O § 1.º de tal dispositivo permite sua feitura por forma manuscrita, datilografada ou impressa, permitindo, inclusive, espaços em branco, a serem preenchidos, em cada caso.

Referido art. 11 faz, também, praticamente, todas as exigências impostas pelo citado art. 26, da Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979), quanto às especificações que devem figurar no contrato. Em seu § 2.º, estabelece a imprescindibilidade da outorga uxória para formalização do contrato e consequente realização do negócio. Já, a Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979) utiliza em seu art. 18, § 3.º, o termo *outorga conjugal* e, não somente, *uxória*. Deve-se lembrar que, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008), desnecessária se apresenta a outorga conjugal, na hipótese de adoção do regime da separação total de bens pelos cônjuges, em conformidade ao seu art. 1.647.

Finalmente, ambas as normas autorizam a transferência da promessa por simples trespasse, lançado no verso das vias do contrato (Dec.-lei 58/1937 [BRASIL, 1937], art. 13 e Lei 6.766/1979 [BRASIL, 1979], art. 31).

### 5. IMPORTÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Como bem se pôde observar anteriormente, o § 1.º do citado art. 26, da Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979) diz respeito ao registro imobiliário do compromisso de compra e venda.

Ainda tratando da legislação supra, esta, em seu art. 25, traz a informação de que os compromissos de compra e venda, desde que registrados, conferem ao promitente-comprador direito real oponível a terceiros.

Extrai-se, pois, deste dispositivo legal a suma importância da inscrição do compromisso no Ofício de Registro de Imóveis, haja vista ser ela a responsável pelo surgimento do direito real do promissário-comprador, oponível *erga omnes*; anteriormente a este ato, nada mais há do que um vínculo pessoal entre os pactuantes. Todavia, a partir do registro, nas palavras de Silvio Rodrigues (2003, p. 326), "o direito real nasce e se prende à coisa, liga-se indelevelmente a ela e a persegue onde quer que se encontre, nas mãos de quem quer que a detenha".

Assim, pode-se constatar que o compromisso de compra e venda devidamente constituído e prudentemente inscrito no Registro de Imóveis, em conformidade com o prescrito, respectivamente, pelos arts. 26 e 25, da Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979), concede ao promitente-comprador o direito real sobre o bem de raiz, oponível contra terceiros.

Saliente-se que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008) regula igualmente a matéria, exigindo a inscrição da promessa no Registro de Imóveis, para o surgimento do direito real do promitente-comprador (art. 1.417).

Dito direito é classificado por Silvio Rodrigues (2003) como um direito real de gozo sobre coisas alheias, por conferir ao promissário-comprador o direito de gozar e fruir da coisa, o direito de impedir que a mesma seja alienada a outrem e o direito de obter sua adjudicação compulsória, caso haja recusa do promitente-vendedor em lhe fornecer a escritura definitiva de compra do imóvel.

Caio Mário (2003a) afirma que, sendo irretratável a promessa de compra e venda e constando ela de registro público, dá nascimento a direito real e submete o promitente-vendedor à execução coativa, obrigando o juiz a outorgar a escritura definitiva, sob pena de valer a sentença como suprimento do ato recusado.

Contudo, tais assertivas – tão objetivas e coerentes – não retratam toda uma realidade. Darcy Bessone (1997), em estudo aprofundado sobre a questão, fala das grandes divergências sobre o assunto em lume, nas doutrinas francesa, alemã, italiana e pátria.

Tais divergências dizem respeito à natureza do direito do promissário-comprador, quando este se vê esbulhado em sua posse (ou direito a ela), pelo promitente-vendedor, o qual se recusa a cumprir o contrato preliminar, ou seja, a promessa de compra e venda. Sucedendo essa hipótese, a negativa do promitente-vendedor em conferir ao promissário-comprador a escritura definitiva (objeto do compromisso), mesmo que cumpridas e satisfeitas todas as obrigações assumidas por este último – inclusive o pagamento total do preço –, qual a atitude a ser tomada pelo prejudicado e quais os direitos que o amparam?

Surge, então, a grande discórdia sobre a questão em pauta, posto haver doutrinadores que veem de maneira diferente o assunto, crendo alguns ser de natureza pessoal o direito cabível ao comprador, enquanto outros acreditam ser de natureza real a obrigação do vendedor para com o comprador, causando consequências práticas, posto ser diferentes os tipos de ação, conforme se estabeleça ser uma obrigação de cunho real ou pessoal.

Anteriormente, o contrato preliminar de compra e venda de bem imóvel gerava, ordinariamente, para o promitente-vendedor apenas uma obrigação de fazer, consistente em prestar declaração de vontade, ou seja, obrigação de outorgar escritura de venda e compra. Dessa convenção, surgia para o compromissário-comprador mero direito pessoal de reclamar a execução do ajuste, com a consequência de ficar o vendedor, em caso de recusa, sujeito a perdas e danos, em respeito à ideia de que ninguém pode ser diretamente coagido a praticar ato a que se obrigara, ou seja, ninguém pode ser compelido a prestar um fato contra a sua vontade.<sup>6</sup>

Tratando-se de um mero direito pessoal, não haveria como vincular terceiros ao negócio original, de modo que, na hipótese de o promitente-vendedor alienar a coisa prometida a outrem, o promissário ficava sem ação contra o adquirente, restando-lhe apenas o direito de reclamar do contratante inadimplente o ressarcimento das perdas e danos.

O Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937), com as modificações trazidas pela Lei 649/1949 (BRASIL, 1949), alterou este panorama, pois determinou que, inscrito o contrato, surge para o promissário-comprador um direito real oponível a terceiros, capaz de lhe conferir a prerrogativa de obter a adjudicação compulsória.

Vê-se, portanto, que o principal efeito do registro do compromisso de compra e venda no fólio da coisa é o surgimento de um direito real sobre o imóvel para o promissário-comprador, oponível a terceiros.

Ser oponível contra terceiros significa que, uma vez inscrita a promessa de venda, perde o proprietário o poder de dispor da coisa prometida, pois sobre ela se prende o direito do promissário-comprador de torná-la sua, uma vez pago o preço. De modo que, quaisquer alienações que o dono faça, fugindo à fé do contrato, são anuláveis por colidirem com um direito preexistente do promissário. Por seu direito ser oponível a terceiros, está o mesmo munido da prerrogativa da sequela, podendo o promissário-comprador, por conseguinte,

<sup>6. &</sup>quot;Nemo praecise potest cogi ad factum".

ir buscar a coisa nas mãos de quem quer que a detenha, para sobre ela exercer o seu direito real.

Esclarece, uma vez mais, Darcy Bessone (1997) que referido direito real independe do pagamento do preço acordado entre as partes, bastando, para que o mesmo se corporifique, apenas o registro (ou inscrição) do contrato. Portanto, o direito real sobre o imóvel nasce para o compromissário-comprador antes mesmo que este venha a efetuar o pagamento de uma única parcela do preço.

Faça-se a distinção das ideias acima expostas que, num primeiro momento, podem parecer opostas e excludentes: em decorrência do registro do contrato no Registro de Imóveis, independentemente do pagamento do valor acordado, surge o direito real do compromissário-comprador, oponível a terceiros, contra alienação ou oneração posterior do bem, conforme art. 5.°, Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937); já, em consequência do pagamento integral do preço, advém o direito pessoal à transferência do domínio, em conformidade aos arts. 15 e 16 da referida norma.

O direito à adjudicação compulsória é, portanto, consequência do preço pago, o que faz com que a obrigação do vendedor (de fazer, de outorgar a escritura) seja cumprida. Ele consiste na possibilidade de obter declaração judicial ordenando a incorporação do bem, objeto do negócio, ao patrimônio do adquirente. Assim, se o alienante se recusa, injustificadamente, a outorgar o contrato definitivo de venda, conta o promissário-comprador com um meio compulsório para se sobrepor a tal esquivança, como melhor se verá adiante.

Orlando Gomes (2002), novamente, refutando a ideia de que o compromisso de compra e venda, no direito positivo brasileiro, é um exemplo de contrato preliminar próprio, oferece como prova disso a particularidade de a legislação atribuir um direito real ao compromissário-comprador.

A doutrina, outrora, mostrou-se dividida acerca das peculiaridades deste direito real. Do fato de ser considerado direito real extraem-se algumas consequências, no entender de Orlando Gomes (2002): investido na posse do bem, pode o titular usá-lo sem restrições e fruir de suas utilidades; o direito do promitente-comprador é oponível a terceiros; pode aliená-lo mediante cessão; responde pelas obrigações que gravam o imóvel, de natureza fiscal ou civil; extingue-se com o cancelamento do registro; pode ser hipotecado.

Arnoldo Wald (2002) observa a polêmica sobre a natureza jurídica do direito real conferido ao compromissário-comprador. Diz ele que, para alguns autores, é um direito real sobre coisa própria, equiparado à propriedade, com a única diferença de ainda não ter sido passada a escritura definitiva.

Ilustrando referido posicionamento, trazem-se as palavras de Arnaldo Rizzardo (2008, p. 405):

Embora sendo dois os regimes jurídicos, promessa registrada e compra e venda se equivalem, devendo o titular daquela receber tratamento semelhante, dispensado e conferido ao proprietário. As situações jurídicas e econômicas de ambos, se não iguais enquanto há preço a pagar, uma vez pago o mesmo, tornam-se idênticas, pois ao loteador não se permite reaver o imóvel. Consolida-se a propriedade plenamente, eis que se negando aquele a transmitir por escritura o imóvel sua manifestação é suprida por decisão judicial.

Para outros autores, a promessa de compra e venda é um direito real sobre coisa alheia, seja direito real de garantia, seja direito real de fruição. O seu enquadramento como direito real de garantia, defendido por Darcy Bessone (1997), caracteriza-se com a existência de uma relação principal (promessa de outorgar escritura de compra e venda, feito o pagamento), garantida por um acessório (o direito real, conferido ao compromissário-comprador pela inscrição do compromisso, que impede alienações ou onerações posteriores).

Serpa Lopes (1991, p. 290), acolhendo parcialmente a posição de Bessone, entende que não se trata, exatamente, de uma função de garantia, a não ser que se tome esta em sentido geral. Para o autor, "a inscrição da promessa de compra e venda de imóvel equivale a um direito real limitado, direito de aquisição, assecuratório do *contrahere* futuro, não só em relação às partes contratantes como *erga omnes*". Na mesma linha de pensamento, segue Caio Mário da Silva Pereira (2003b), defendendo o caráter aquisitivo do direito real decorrente da promessa de compra e venda. Igualmente, Arnoldo Wald (2002) conceitua a promessa como um direito real *ad rem*, ou seja, direito de adquirir a coisa, de incluir o imóvel em seu patrimônio, formando uma nova categoria no campo dos direitos reais, seguindo a posição de Serpa Lopes acima exposta.

É, ainda, Wald (2002) quem alerta para o fato de haver os que veem na promessa um direito real de fruição, equiparando os poderes do promitente-comprador aos do usufrutuário ou enfiteuta. As situações são, todavia, diversas, pois a pretensão inerente à promessa, que inexiste nos outros casos citados, é exigir a escritura definitiva. Embora, geralmente, o promitente-comprador esteja imitido na posse, nada impede que a promessa se limite a assegurar o direito do adquirente à escritura definitiva, não lhe transmitindo a posse e não autorizando que pratique ato algum sobre a coisa, antes da escritura definitiva.

Enfim, certos estudiosos chegaram a negar caráter real ao direito de promessa, nele vendo apenas um direito obrigacional em que o promitente-vendedor, em virtude de disposição legal, estaria impossibilitado de alienar a outrem o

bem prometido, ou seja, de vender depois de feita a promessa, enquanto outros, ainda, caracterizaram o direito de promessa como direito real *sui generis* – como o já citado Orlando Gomes (2002) e Washington de Barros Monteiro (2003).

Em verdade, deve-se entender o direito real conferido ao compromitente-comprador como direito real de aquisição. A partir da inscrição do contrato no Registro de Imóveis, o promitente-vendedor está impedido de alienar ou gravar, por qualquer meio ou forma, o bem, objeto da relação. Estas restrições são impostas no intuito de assegurar ou defender o direito do compromissário-comprador de vir a adquirir o imóvel, após determinado prazo, integralizado o pagamento do preço avençado. Portanto, é de natureza aquisitiva o direito real do promitente-comprador, posição contemplada, inclusive e finalmente, pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008), em seu art. 1.417, a ser adiante analisado.

### 6. Efeitos obrigacionais

No ordenamento pátrio, a promessa de venda nunca pode operar a transferência do domínio, devido à distinção rigorosa entre o contrato definitivo e o contrato preliminar, como já visto. Este contrato preliminar cria a obrigação de dar (outorgar a escritura definitiva) para o promitente-vendedor e seu principal efeito é a obrigação de transferir o domínio, mediante a tradição da coisa, ou a inscrição do título. Não conferida a escritura definitiva, o comprador tem sempre a execução direta e lhe assiste direito à imissão na posse, acaso esta já não se lhe tenha sido transferida (ainda que documentalmente).

Descumprida a promessa de compra e venda, necessário se faz distinguir se o contrato chegou a constituir direito real, ou não. Em caso negativo, a consequência é o ressarcimento de perdas e danos, natural em qualquer obrigação de fazer. Por outro lado, em caso afirmativo, a promessa gera direito real, gravando a própria coisa, a qual o promitente-comprador tem o direito de perseguir em poder de qualquer terceiro adquirente. Proferido o julgamento, não se faz mais necessário que o contratante inadimplente formalize o contrato de venda, posto haver a substituição da declaração de vontade recusada pela sentença, que poderá ser inscrita no Registro Imobiliário, fazendo as vezes da própria escritura (contrato definitivo).

A partir da constituição do direito real, a coisa comprometida torna-se indisponível. Assim, com base no contrato de compromisso de compra e venda devidamente inscrito e com o preço pago, o promissário-comprador adquire a faculdade de receber a escritura definitiva e de anular o ato de alienação (ou oneração) que o promitente-vendedor tenha realizado, após o registro do contrato de promessa.

Contrariamente, o promitente-vendedor tem o direito de consignar a coisa em juízo, constituindo o promitente-comprador em mora, liberando-se de toda obrigação.

No passado, contudo, o contrato preliminar de compra e venda de bem imóvel gerava para o vendedor, apenas, a obrigação de fazer, consistente em prestar declaração de vontade; ou seja, obrigação de outorgar escritura de venda e compra, como já salientado, anteriormente. Dessa convenção, surgia para o comprador mero direito pessoal de reclamar a execução do ajuste, com a consequência de ficar o vendedor, em caso de recusa, sujeito a perdas e danos, em respeito à ideia de que *nemo praecise potest cogi ad factum*.

Tratando-se de um mero direito pessoal, não haveria como vincular terceiros ao negócio original, de modo que, na hipótese de o promitente-vendedor alienar a coisa prometida, o promissário ficava sem ação contra o adquirente, só lhe restando o direito de reclamar, ao contratante inadimplente, o ressarcimento das perdas e danos, como já visto.

Ninguém duvida do avanço representado pelo Dec.-Lei 58/1937 (BRASIL, 1937), no campo da aquisição da propriedade imobiliária, particularmente no tocante às facilidades de forma de obtenção da posse, bem como quanto à segurança da aquisição por parte do compromissário-comprador, e quanto à garantia do crédito em favor do compromitente-vendedor.

Quando se observa um compromisso de compra e venda comum, com transmissão de posse e saldo de preço a pagar, percebe-se que dois dos poderes elementares do domínio (jus utendi e fruendi) foram transmitidos ao compromissário-comprador, que poderá usar da coisa e extrair dela os frutos. Parte do jus abutendi também foi transmitida, pois o adquirente poderá ceder seus direitos, mesmo à revelia do promitente-vendedor, e o imóvel passará à esfera de interesse de terceiro. Mas é inegável que o compromitente reservou algo substancial, ou seja, deixou de transferir o domínio sobre a coisa. Tanto é assim que o adquirente não pode, ainda, dispor plenamente da coisa, isto é, não pode depredá-la ou demoli-la, salvo mediante autorização expressa do compromitente.

O que se observa, então, é que o domínio em si mesmo foi utilizado apenas com finalidade de garantia, o que quer dizer que, no negócio entre as partes, o domínio perdeu sua posição de relevo, ficando apenas como garantidor do crédito. À medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade do promitente-vendedor vai desaparecendo, até o

seu esvaimento completo (AZEVEDO JÚNIOR, 1979). Quitado o compromisso de compra e venda, os poderes elementares do domínio estão inteiramente consolidados no direito do compromissário-comprador, nada mais restando ao compromitente-vendedor do que a obrigação inexorável de outorgar uma escritura.

Se o adquirente por compra e venda tem ação de imissão de posse, também a tem o compromissário-comprador; inegável que o compromisso de compra e venda, em regra, acompanhado de transmissão de posse, gera, também, obrigação de dar.

Até mesmo a ação reivindicatória tem sido admitida para o compromissário-comprador, com contrato registrado, recuperar o imóvel contra terceiros. Em princípio, nem deve ser de outro modo, pois o compromitente-vendedor, que já recebeu o preço, desinteressou-se do negócio, nada justificando que a propriedade imobiliária fique indefesa.

Carvalho Santos (1964) mostra-se adepto a esta solução, quando ensina que a reivindicatória compete àquele que apresentar o domínio pleno ou limitado, pouco importando que o direito à propriedade seja, ou não, perfeito ou pleno. O direito ao domínio, para a propositura da lide, pode ser puro e simples, ou dependente de qualquer condição para se plenificar. Nada mais certo, adaptando-se ao compromisso a admissibilidade da demanda, mesmo se apresentando limitadamente o domínio.

Comungando, ainda, da mesma ideia, Barbosa Lima Sobrinho ([19--] (sic)) defende a posição de que, pelo contrato de compromisso de compra e venda, os direitos de usar, gozar e dispor do imóvel e de reavê-lo transmitem-se do proprietário para o promissário-comprador. Encontrando-se assinado e registrado o compromisso irretratável, transfere ele o direito de dispor ao compromissário, que se torna parte legítima para a propositura de uma ação de reivindicação, própria para quem tem o domínio, seja irrevogável, seja dependente de resolução.

Particularmente, quanto a este ponto, entende a autora não ser cabível a ação reivindicatória para a defesa do compromissário-comprador diante de terceiros, tendo em vista não ser o mesmo titular do direito de propriedade, fundamento e objeto da *rei vindicatio*. A partir de uma análise histórico-jurídica, fundada em um preciosismo técnico, pode-se afirmar ser a ação Publiciana o remédio adequado para a tutela do direito do promitente adquirente.

A ação Publiciana, existente de há muito e presente em vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, é desconhecida, senão por completo, pela esmagadora maioria da sociedade, e, principalmente, pelo meio jurídico, não

fazendo parte do cotidiano de estudantes e profissionais do Direito. Mesmo os altos Tribunais do país não se referem especificamente a ela, datando das décadas de 50 e 60 a maioria dos julgados do Supremo Tribunal Federal concernentes à *Publiciana in rem actio*; raríssimas as decisões atuais.

A actio Publiciana originou-se no Direito Romano, como ação de recuperação da posse da coisa, objeto da propriedade pretoriana ou bonitária, quando a houvesse perdido o adquirente. Fundava-se ela na ficção de usucapio já consumada: o juiz decidia como se o proprietário pretoriano já houvesse adquirido o domínio quiritário, pelo fluxo do tempo. Assim, a Publiciana cabia ao possuidor que ainda não tinha completado o tempo para arguir a prescrição aquisitiva. Fingia-se decorrido o tempo necessário para usucapir, cabendo ao possuidor lesado em sua posse o direito de reivindicá-la, por meio de uma ação real, a denominada actio Publiciana.

Vislumbra-se, pois, encontrar-se o detentor de um direito real, originário de um compromisso de compra e venda, registrado e com preço pago, sem uma proteção adequada, rápida e eficaz, própria para o seu problema, não por esta não existir, mas por ter caído a ação Publiciana no esquecimento, ou na ignorância dos operadores do Direito. Assim, este é o momento para novas investidas, no sentido de um maior e melhor conhecimento e consequente expansão da ação Publiciana, posto ser ela a ferramenta apropriada para o socorro de adquirentes de boa-fé, com justo título, destituídos de domínio, observadores de suas obrigações contratuais que, na atual conjuntura socioeconômica, são, em grande número, pessoas de pouca renda, que adquirem seus imóveis com muito esforço, à custa de inúmeras prestações e que acreditam ser os proprietários do bem, mesmo sem a obtenção da escritura definitiva, ou, ainda, compradores que obtiveram o título de transmissão do domínio, mas que, por razões econômicas, não puderam registrá-lo, devido ao alto custo. Hipóteses outras

<sup>7.</sup> Pode-se falar, no Direito Romano, da existência de distintos direitos de propriedade. O primeiro deles dava-se pelo ius civile, cabível para coisas suscetíveis de dominium ex iure Quiritium e em favor do cidadão romano. Não abrangia ela, portanto, os peregrinos e os imóveis provinciais – ambos em maior número, no mundo romano. A propriedade que não se amoldava ao domínio quiritário (imóvel itálico/cidadão romano/forma solene) constituía possessio, a qual veio a ser protegida pelo pretor. Configurou-se, assim, a propriedade pretoriana ou bonitária, que se encontrava ao lado da quiritária (o alienante conservava um simples nudum ius Quiritium, ao lado do dominium in bonis, do adquirente). Por outro lado, o domínio quiritário caracterizava o domínio pleno. Referida propriedade pretoriana era protegida por duas formas de exceção (exceptio doli – exceção de dolo e exceptio rei venditae et traditae – exceção de coisa vendida e entregue) e por uma ação (actio Publiciana).

poderiam aqui ser levantadas, como a impossibilidade de registro do próprio compromisso de compra e venda ou mesmo da escritura definitiva, por não preencherem eles os requisitos formais exigidos e tantas outras. Porém, o mais importante, neste diapasão, é o fato de que, se vierem estas pessoas a ser esbulhadas em seu direito real, não possuem elas o conhecimento da existência de uma ação apta a atender a essas vicissitudes, haja vista não terem acesso a uma assistência jurídica adequada e, caso o tenham, raros os profissionais da área sabedores das facilidades trazidas pela sapiência do pretor romano. Urgem, portanto, profundos estudos e um remodelamento da ação Publiciana, adequando-a ao hodierno contexto e modernas aspirações, para que interesses e direitos de promitentes-compradores, cumpridores de suas obrigações contratuais, esbulhados por terceiros, possam ter um instrumento de defesa específico e eficiente a seu favor.

## 7. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Aparece a adjudicação compulsória nos trabalhos jurídicos, na execução das obrigações de prestar declaração de vontade, no compromisso de compra e venda ou nos atos registrais pertinentes. Adjudicação é o ato judicial que tende a transferir determinada coisa do patrimônio de alguém para o de outrem. Surgiu no direito romano, como "o ato de dar alguma coisa por sentença", conforme Ulpiano (apud GUASP, 1968, p. 441). Uma vez transcrita, a adjudicação é a aquisição por sentença, sendo, portanto, aquisição derivada.

No Brasil, as execuções das promessas de compra e venda eram regidas pelo que dispunha o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2003) sobre obrigações e contratos, permitindo-se, inclusive, o arrependimento do promitente-vendedor, o que fazia com que a promessa se resolvesse em perdas e danos, consoante já salientado.

Em 1937, o deputado Waldemar Martins Ferreira expediu o Dec.-Lei 58 (BRASIL, 1937), usando, como fontes, as leis francesas de 14.03.1919 e de 19.06.1924, além da lei uruguaia 8.733, de 17.06.1931, nos seus arts. 15 e 31.

Quando surgiu o Dec.-Lei 58/1937 (BRASIL, 1937), portanto, antes do Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939), o legislador não deu à ação de adjudicação compulsória rito especial, mas a incluiu, conforme a primeira codificação processualista (art. 1.006 e parágrafos), na forma geral de execução de emitir declaração de vontade. Com o CPC de 1939 (BRASIL, 1939) veio o rito especial; contudo, o de 1973 (BRASIL, 2008) o retirou novamente, dando rito sumaríssimo a esta ação.

Até 23.06.2006, coexistindo os pressupostos de direito material, a ação poderia ser proposta tanto com fulcro no art. 16 do Dec.-lei 58 (BRASIL, 1937), quanto nos arts. 640 e 641 do CPC (BRASIL, 2008), reportados no art. 22, do Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937) e reafirmados pela Lei 6.014/1973 (BRASIL, 1973), obtendo o autor igual resultado prático, através de causa de pedir e pedidos idênticos. A partir da referida data, com a entrada em vigor da Lei 11.232/2005 (BRASIL, 2005), a fundamentação legal encontrava-se nos arts. 466-C e 466-A, do CPC8 (BRASIL, 2008), que mantiveram, respectivamente, a mesma redação dos dispositivos revogados.

Hodiernamente, vigorando o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015 [BRASIL, 2015]), o tema é regido por seu art. 501, *in verbis*:

Art. 501. Na ação que tenha por objeto emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Com o Dec.-lei 58, de 1937 (BRASIL, 1937) foram instituídas duas obrigações ao vendedor: de dar a posse do terreno ao comprador e outra, de fazer, de outorgar a escritura definitiva, quando integralizado o preço. No caso dessa segunda obrigação não ser cumprida, facultou-lhe a lei exigir que o obrigado a cumpra ou, em caso de recusa, que o ato judicial tenha o mesmo efeito. Entretanto, não perdeu seu sentido anterior de ato expropriatório (art. 16, § 1.º, do Dec.-lei 58/1937 [BRASIL, 1937]; art. 346, § 1.º, CPC/1939 [BRASIL, 1939]).

A adjudicação compulsória aplica-se pelo Dec.-Lei 58 (BRASIL, 1937), arts. 16 e 22, referentemente aos loteamentos rurais, e pela Lei 6.766 (BRASIL, 1979), art. 25, para os loteamentos urbanos, que consignam direitos aos compromissários-compradores de obterem para si a outorga da escritura definitiva.

Tal qual a ação defluente do art. 501, CPC (BRASIL, 2015) (obrigações de fazer infungíveis, ou melhor, de emitir declaração de vontade), a ação de ad-

<sup>8. &</sup>quot;Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida". – correspondente ao art. 501 do CPC/2015.

<sup>&</sup>quot;Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado". – sem correspondência no CPC/2015.

<sup>&</sup>quot;Art. 466-C. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível". – sem correspondência no CPC/2015.

judicação compulsória é constitutiva, consistente na primeira fase em aceitar a preexistência do contrato de compromisso de compra e venda, apto a gerar o efeito da segunda fase, o de realizar a declaração de vontade omitida pelo devedor (BUENO, 2007).

A adjudicação compulsória, como qualquer outro meio de se executar obrigação de fazer, peculiar ao contrato de compromisso de compra e venda, está encartada no contexto da execução específica ou direta (aquela que incide diretamente sobre a coisa devida, sobre o objeto final da execução).

A execução de emitir declaração de vontade é modalidade do gênero execução das obrigações de fazer. Do compromisso de venda e compra resulta obrigação de emitir declaração de vontade.

Orlando Gomes (1995) defende, como se viu, que a natureza do compromisso de venda e compra é a de um contrato preliminar impróprio, com características muito peculiares: a possibilidade de substituição do contrato definitivo por sentença constitutiva e atribuição de direito real ao comprador, sobre o bem comprometido.

Existente, pois, um direito subjetivo material do promitente-comprador, o qual permite, quando não adimplida voluntariamente a obrigação correlata, o ensejo da atuação da lei processual, através de meio conhecido, genericamente, como execução de prestar declaração de vontade, na qual se situa a ação de adjudicação compulsória.

Segundo a natureza da tutela jurisdicional objetivada, a execução da obrigação de emitir declaração de vontade é classificada como ação de conhecimento.

Como se sabe, de acordo com o objeto imediato da ação ou o direito material reclamado, as ações dividem-se em pessoais e reais. As primeiras destinam-se a proteger um direito pessoal ou obrigacional, enquanto as segundas defendem direitos reais, relativos ao domínio.

A adjudicação compulsória pretende, apenas, executar obrigação de fazer, ínsita ao contrato de compromisso, sendo ação pessoal, por se destinar a cumprir uma obrigação. O porquê do pedido, ou seja, a *causa petendi*, versa sobre obrigação de emitir declaração de vontade, isto é, alteração de situação jurídica preexistente, mediante sentença, e sobre o descumprimento do devedor, ou seja, o suprimento judicial dessa vontade negocial omitida.

Em se tratando de ação constitutiva, na causa de pedir, deve ser deduzido o fato constitutivo da relação jurídica que se pretende ver modificada (a obrigação de fazer) e, ainda, o fato que gera o direito à modificação (o inadimplemento da obrigação).

A sentença daí resultante vale como título dependente de eficácia translativa do registro, não autorizando qualquer medida reivindicatória ou reintegratória. Não há, portanto, questão dominial a ser dirimida.

Antes de o Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937) entrar em vigor, discutia-se o art. 1.088 do CC/1916 (BRASIL, 2003), que permitia às partes arrependerem-se, antes da assinatura do contrato definitivo, ressarcindo à outra as perdas e os danos resultantes do arrependimento, além da perda das arras dadas, se aquele que se arrependeu foi quem as deu, ou em dobro, se o arrependimento foi de quem as recebeu, em conformidade aos arts. 1.095 ao 1.097 do mesmo diploma legal.

Não havia regra jurídica que garantisse ao comprador meios de exigir, compulsoriamente, a outorga de um contrato definitivo, por parte do vendedor, desde que pago o respectivo preço. Nos loteamentos de terrenos, nem sempre os lotes postos à venda estavam em condições jurídicas de ser negociados, devido à contestação de título de propriedade, execução hipotecária, penhora etc.

Os próprios vendedores de lotes ou imóveis não loteados, pagos em prestações, e com entrega imediata do imóvel, estavam desprotegidos, devido ao direito de arrependimento, até o momento da escritura definitiva de compra e venda, não tendo eles ações eficazes que lhes garantissem seu direito.

Os imóveis se valorizavam; contrariamente, a moeda se desvalorizava. Com isso, nas vendas feitas para pagamento em prestações periódicas e em longo prazo, o promitente-vendedor preferia arrepender-se do negócio, devolver o que recebera (ainda que em dobro) e pagar perdas e danos (sempre inferiores aos lucros auferidos) a concluir a venda.

Surgindo o Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937), regularam-se os loteamentos e a venda de terrenos para pagamento em prestações, através do contrato de promessa de compra e venda, garantindo os contratantes, ao tornar irretratável a promessa de venda, além de acautelar o comprador contra o risco de futuras alienações e a constituição de ônus reais, que mutilassem o imóvel negociado.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939), os seus arts. 345 ao 349 disciplinaram a questão do loteamento e venda de imóveis a prestações. O art. 346 estabelecia que se o promitente-vendedor se

<sup>9. &</sup>quot;Improcede a reivindicatória, se o titular do domínio tem a obrigação de outorgar escritura definitiva de compra e venda ao reconvinte, promitente-cessionário à compra do mesmo imóvel." (STJ, REsp 810-SP, 4.ª T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 24.09.1991, *DJU* 21.10.1991, p. 14748).

recusasse a outorgar a escritura definitiva de compra e venda, seria intimado a fazê-lo em cinco dias e, se se mantivesse inerte, o juiz adjudicaria o lote ao promitente-comprador. Este artigo omitiu-se sobre imóveis não loteados, criando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Os §§ 2.º e 3.º, do art. 346 do CPC (BRASIL, 1939), foram revogados pela Lei 6.014, de 27.12.1973 (BRASIL, 1973), modificadora do Código de Processo Civil de 1973, alterando o art. 16, do Dec.-lei 58/1937 (BRASIL, 1937). A Lei 649 (BRASIL, 1949) deu nova redação ao art. 22 do mesmo Dec.-lei, ao estender aos imóveis não loteados as mesmas vantagens atribuídas aos imóveis loteados.

Por outro lado, o art. 5.°, do Dec.-Lei 58/1937 (BRASIL, 1937), criou para o promitente-comprador direito real oponível a terceiro, quanto à alienação e à oneração posteriores do imóvel compromissado, desde que averbado (hoje, registrado) o contrato no Registro de Imóveis.

O novo Código Civil (BRASIL, 2008) estabelece o direito do promitente-comprador de imóvel como um novo direito real, em sua Parte Especial, Livro III (Do Direito das Coisas), Título II (Dos Direitos Reais), Capítulo Único (Disposições Gerais), art. 1.225, VII. Em seguida, em Título específico, (IX – Do Direito do Promitente Comprador), o art. 1.417, estabelece os requisitos necessários para a configuração deste direito: exige promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, formalizada por instrumento público ou particular, obrigatoriamente inscrita no Registro de Imóveis.

Necessária se faz uma observação importante: a parte final de referido dispositivo afirma que, cumpridas tais exigências, adquirirá o promitente-comprador *direito real à aquisição do imóvel*. Desde sua entrada em vigor, então, o referido *Codex* findou as discussões em torno da natureza do direito real, conferido ao compromissário-comprador, pela inscrição do compromisso, no Registro competente.

Todavia, acirrou divergência doutrinária e jurisprudencial, quanto à necessidade de ser, ou não, registrado o contrato de promessa de compra e venda, para que se tenha direito à adjudicação compulsória, figurando o registro como condição essencial desta última.

Entendiam alguns<sup>10</sup> que a adjudicação compulsória se verificaria em razão da irretratabilidade do contrato e do pagamento integral do preço, e não em consequência de seu registro, o que representava, aliás, a tendência dos

<sup>10.</sup> Nesse sentido: BESSONE (1997) e GOMES (1974).

julgados, <sup>11</sup>anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008), ou seja, a orientação pela prescindibilidade do registro do compromisso de compra e venda, para que se tivesse a adjudicação compulsória, de acordo, inclusive, com a Súmula 239, do STJ: "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis".

Existem, porém, aqueles para os quais o registro do contrato de promessa de compra e venda é condição necessária para o deferimento da adjudicação compulsória, sem cláusula de arrependimento e com preço já quitado. O registro do compromisso é, então, para esta corrente, um atributo do direito material com que o compromissário-comprador deve apresentar-se em juízo, se quiser obter a adjudicação compulsória, especialmente com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008, p. 275), que, em seu art. 1.418 determina que:

"O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel" (grifo nosso).

Explica-se: o dispositivo reza que, para ter direito à outorga da escritura ou à adjudicação compulsória, o promitente-comprador deverá ser titular de direito real. Para que seja titular de direito real, deverá o compromissário-comprador inscrever o contrato no Registro de Imóveis (arts. 1.227 e 1.417, CC [BRASIL, 2008, p. 259 e 275]<sup>12</sup>); logo, para que possa exigir a outorga da escritura, ou a adjudicação compulsória, deverá ele ter o compromisso de com-

<sup>11. &</sup>quot;Adjudicação compulsória – Compra e venda de imóvel – Direito à outorga de escritura definitiva e de caráter pessoal não condicionado à inscrição do contrato no Registro de Imóveis – Recurso não provido." (TJSP, ApCiv 95.796-4, 6.ª Câm. Direito Privado, rel. Des. Reis Kuntz, 06.04.2000).

<sup>&</sup>quot;É admissível a execução específica do CPC 639, ainda que se trate de contrato preliminar não inscrito no registro de imóveis – Recurso especial conhecido pela alínea a e provido." (STJ, REsp 6370/SP, 3.ª T. rel. Min. Nilson Naves, j. 20.08.1991, *DJU* 09.09.1991, p. 12196).

<sup>12. &</sup>quot;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."

"Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda em que se não pactuou

<sup>&</sup>quot;Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel".

pra e venda registrado. Joel Dias Figueira Júnior (2002), Carlos Alberto Dabus Maluf, atualizador da obra de Washington de Barros Monteiro (2003) e Mário Müller Romitti (2004) coadunam deste pensamento, entendendo, inclusive, pela ineficácia da Súmula 239, STJ, diante do disposto no novo Código Civil.

Estar-se-ia, portanto, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, diante de um retrocesso jurídico, ocasionado pela nova legislação, que veio a se contrapor à posição jurisprudencial, construída ao longo do tempo, sedimentada em favor daqueles que possuem um contrato de compromisso de compra e venda, sem registro, com o preço integralmente pago e que têm o seu direito à outorga da escritura definitiva obstado, injustamente, pelo promitente-vendedor.

Assim, em princípio, por uma análise superficial e primária, estão os compromissários-compradores obrigados a registrar seus contratos, a fim de possuir o direito à adjudicação compulsória.

Contudo, Sílvio de Salvo Venosa (2005) entende possível a adjudicação compulsória, mesmo no caso de não se encontrar registrado o compromisso de compra e venda. Especificamente, defende o autor a utilização da ação de conhecimento, de caráter cominatório, de obrigação de fazer, para obtenção de decisão nos termos do art. 50l, CPC/2015, ou seja, execução específica.

Este é também o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves (2008), Marco Aurélio S. Viana (2004), Arnaldo Rizzardo (2004) e Ruy Rosado de Aguiar Júnior (apud GONÇALVES, 2008, p. 487), que afirma:

"Sabemos que as pessoas, quanto mais simples, menos atenção dão à forma e à exigência de regularizar seus títulos. A experiência revela que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis normalmente não são registrados. Não há nenhum óbice em atribuir-lhes eficácia entre as partes, possível mesmo a ação de adjudicação, se o imóvel continua registrado em nome do promitente vendedor. O Código de Processo Civil (art. 639) não exige o registro do contrato para o comprador ter o direito de obter do Juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Ademais, em se tratando de bens imóveis, a jurisprudência atribui ao promissário comprador a ação de embargos de terceiro, mesmo que o documento não esteja registrado (...)".

Igualmente, o Conselho da Justiça Federal<sup>13</sup> adota referida postura, conforme Enunciado 95: "O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo

<sup>13.</sup> O Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários, promove as Jornadas de Direito Civil, bienalmente, com o objetivo de reunir magistrados, professores, representantes de diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas do novo Código Civil e aprovar

Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ)".

A autora deste trabalho posiciona-se ao lado da doutrina e jurisprudência dominantes: o registro da promessa de compra e venda de imóveis é fator dispensável à adjudicação compulsória, que nasce de uma obrigação pessoal – obrigação de fazer, de outorgar a escritura definitiva – decorrente do pagamento do preço, e não da inscrição do contrato no Registro de Imóveis.

Espera-se que o posicionamento jurisprudencial, diretamente vinculado à realidade socioeconômica brasileira, pelo contato imediato com o caso concreto, não se prenda à letra fria da lei, trazendo inconvenientes àqueles que não têm seus compromissos inscritos. Que os julgadores, na aplicação da lei, atendam aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como estabelecido pelo art. 5.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 2013).

### 8. Conclusão

Do estudo efetivado, pode-se depreender que, como um ato prévio à transferência do domínio, por forma derivada, surge o compromisso de compra e venda, contrato preliminar, através do qual as partes envolvidas comprometem-se a formalizar, em momento posterior, um contrato de compra e venda. Ele estabelce, portanto, uma obrigação de fazer, de emitir declaração de vontade, obrigação de contratar, que se perfaz com a efetivação do contrato principal que, por sua vez, delimitará novas obrigações, próprias à sua natureza. Não é o próprio compromisso de compra e venda título hábil para a transmissão da propriedade. É apto a conferir ao compromissário-comprador direito real de aquisição do imóvel (art. 1.417, CC), oponível a terceiros, desde que registrado no Cartório competente. O direito real do compromissário-comprador impede o promitente-vendedor de dispor do bem prometido, tornando anuláveis quaisquer alienações ou gravames posteriores, garantindo, ainda, a prerrogativa de sequela ao que prometeu comprar.

Estando pago o preço, independentemente do registro, permitia-se a exigência da outorga da escritura definitiva, pelo promitente-vendedor, através da

enunciados que reflitam o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Direito de Família e Direito das Sucessões).

chamada execução direta, ou a adjudicação compulsória do imóvel, pelo juiz. Outro, porém, o posicionamento adotado pelo novo Código Civil brasileiro de 2002, que passou a exigir o registro do compromisso de compra e venda, para que sejam possíveis tais procedimentos (exigência da escritura ou adjudicação compulsória), de acordo com a interpretação de seu art. 1.418, combinado com os arts. 1.227 e 1.417.

Todavia, parte da doutrina e da jurisprudência mantém entendimento no sentido da desnecessidade da inscrição do compromisso, no Ofício de Registro de Imóveis competente, para deferimento da adjudicação compulsória, corrente à qual a autora do presente trabalho se filia.

Obtida a escritura definitiva de compra e venda, esta sim se apresenta como título hábil a transmitir o domínio, desde que transcrita no Registro de Imóveis, em conformidade ao art. 1.245, CC.

## 9. BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Compromisso de compra e venda. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BESSONE, Darcy. Direitos reais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. Código civil (1916). Código civil anotado e legislação extravagante. Autoria de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. Código civil (2002); Código de processo civil (1973). Códigos civil, comercial, processo civil e Constituição Federal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 dez. 1937.
- \_\_\_\_\_. Dec.-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 18 set. 1939.
- \_\_\_\_\_. Dec.-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Redação dada pela Lei 12.874/2013. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 30 out. 2013.
- Lei 649, de 11 de março de 1949. Autoriza o Poder Executivo a dar nova redação ao art. 22, do Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre as escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis loteados. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 mar. 1949.

- \_\_\_\_\_. Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973. Adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1973.
- Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 1979.
- Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 2005.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2, t. 1.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*. São Paulo: Ed. RT, 1938.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. Ricardo Fiúza (corrd.). São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- \_\_\_\_\_. Pressupostos da inscrição de promessa de venda, execução para cumprimento de obrigação de fazer, substituição de declaração negocial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 63, vol. 469, p. 39-44, nov. 1974.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro*: direito das coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1968. t. 1.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro: Borsoi, [19--].
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. vol. 3.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 07.07.2003. São Paulo: Ed. RT, 2003.

- \_\_\_\_\_. Novo código civil e legislação extravagante anotados. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 02.05.2003. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 11. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003a. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003b. vol. 4.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Campinas: Bookseller, 2001. t. 10, 11 e 13.
- PORTUGAL. *Ordenações afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gubbenkian, 1984a. vol. 4. [Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I Da Legislação Antiga 1786].
- \_\_\_\_\_. Ordenações manuelinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984b. vol. 4. [Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I Da Legislação Antiga 1797].
- \_\_\_\_\_. Ordenações e leis do reino de Portugal. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1833. t. 3. [Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte II Da Legislação Moderna].
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 5.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil*: parte geral das obrigações. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2.
- ROMITTI, Mário Müller. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 13.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. vol. 7 e 15.
- TEIXEIRA, José Guilherme Braga. Exercício do juízo petitório pelo promitente-comprador de imóvel com preço integralmente pago e contrato de compromisso sem cláusula de arrependimento. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 19, n. 73, p. 83-87, jul.-set. 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 41. ed. atual. até a Lei 11.441, de 04.01.2007. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direitos reais. 5. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2005.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das coisas. 11. ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos Professores Álvaro Villaça Azevedo e Véra Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato, de Melhim Chalhub – RDCC7/147-183 (DTR\2016\20340); e
- Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória, de Hamid Charaf Bdine Júnior *RT* 843/58-84 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/819-856 (DTR\2006\820).

## SINTER

# Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária

### ELETRONIC LAND REGISTRY AND LAND GOVERNANCE

#### Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad

Bacharel em Direito e Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduando em Master of Business Administration na Fundação Getúlio Vargas. Secretário Geral do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Primeiro Oficial de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto.

frederico@1rirp.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Resumo: O trabalho apresentado tem por objetivo avaliar os eventuais impactos, em nível nacional, do novo sistema de registro eletrônico de imóveis imposto pela Lei Federal 11.977/2009, bem como as suas interfaces com o sistema de cadastro. Será avaliado o contexto histórico da formação dos primeiros sistemas de registro imobiliário no Brasil, desde quando seu objeto primário era a garantia do crédito, passando pelo sistema de transcrições trazido pelo Código Civil de 1916, até a atual Lei de Registros Públicos. Em seguida, será abordado o tema específico do registro eletrônico de imóveis, com indicação dos fundamentos jurídicos do sistema atual de registros públicos e da sua evolução visando a prestação de serviços em meio digital. Finalmente, será discutida a instituição do Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais - Sinter, por meio do Decreto 8.764, de 10.05.2016, cuja proposta é a criação de uma estrutura computacional unificada, formada de camadas temáticas, nas quais se incluirão os registros de imóveis, a área fiscal, a governança fundiária, a produtividade da terra e demais dados sensíveis, indispensáveis à consecução de políticas governamentais.

Palavras-chave: Registro eletrônico – Serviços públicos eletrônicos – Cadastro – Registros públicos – Governança fundiária.

**Abstract:** This present work aims to evaluate the possible impacts at the national level of the new real estate electronic registration system established by Federal Law 11,977 / 2009, as well as their interfaces with the registration system. It will assess the historical context of the formation of the first real estate registration systems in Brazil, since when its primary object was the credit warranty, through the transcripts system brought by the Civil Code of 1916, to the current Public Records Act. Then it will address the specific issue of electronic registration of real estate, indicating the legal grounds of the current system of public records and its development aiming to provide digital services. Finally, it will discuss the establishment of the National System of Territorial Information Management - "Sinter", through Decree No. 8,764, of 10.05.2016, whose proposal is the creation of a unified computational structure, consisting of thematic layers, in which include the real estate records, the tax area, land governance, land productivity and other sensitive data, indispensable to the attainment of government policies.

**Keywords:** Land registry – Electronic services – Cadastre – Public records – Land governance.

Sumario: 1. Introdução. 2. Os antecedentes históricos. 3. O sistema brasileiro de registro de imóveis. 4. A evolução da técnica registral. 5. A Lei Federal 11.977, de 7 de julho de 2009. 6. A coordenação nacional das centrais de registros eletrônicos compartilhados. 7. Cadastro vs. registro. 8. A integração entre cadastro e registro. O Projeto Sinter. 9. Conclusão. 10. Referências.

## 1. Introdução

A humanidade, a partir da década de 1970, observou na chamada Terceira Revolução Industrial, o desenvolvimento e aprimoramento tecnológico em todas as áreas do conhecimento, sem paralelos na história, cuja base encontrase na inserção e manipulação em sistemas computacionais de uma enorme quantidade de dados e informações. Um efeito claro do advento das novas tecnologias de processamento de informações é a modificação de forma definitiva de todas as atividades do homem, inclusive com a alteração substancial da forma como são encaradas as relações interpessoais e o próprio conceito de privacidade, que vem sendo, de forma espontânea, relativizado. Trata-se verdadeiramente de um novo horizonte para a humanidade, cujas consequências ainda não foram completamente equacionadas e merecem uma reflexão mais aprofundada. Uma das vertentes de tal revolução tem por elemento catalizador o desenvolvimento das técnicas de captação e manipulação de dados, que, a partir de tecnologias como o "Big Data", permite a extrapolação estatística na análise de informações públicas e privadas, recebidas das mais diversas fontes.

Traçando-se uma linha nesse contexto geral, existe, como uma das fontes setorizadas de informações, o sistema de registros públicos, sendo de interesse específico para os fins deste estudo o registro de imóveis, instituição secular¹ absolutamente fundamental para a construção da sociedade liberal democrática, na medida em que é guardião de dados que representam a extensão e o objeto do direito de propriedade, assumindo tal papel dentro de um arcabouço normativo que objetiva, em princípio, a segurança jurídica das relações imobiliárias.

Com efeito, o trabalho apresentado tem por objetivo avaliar os eventuais impactos do estabelecimento em nível nacional do sistema de registro eletrônico de imóveis imposto pela Lei Federal 11.977/2009, bem como as suas inter-

<sup>1.</sup> O registro geral de imóveis no Brasil foi instalado em todas as comarcas do Império pela edição do Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865, que regulamentou a Lei Hipotecária 1.237, de 24 de setembro de 1854.

faces com o sistema de cadastro de imóveis rurais, tendo em vista a importância de ambos os institutos estatais para a governança fundiária e a segurança jurídica dos bens de raiz.

## 2. Os antecedentes históricos

Tem-se que compreender um sistema de registro como o sistema apto a atribuir a característica de publicidade às relações jurídicas de que lhe são objeto. Conforme menciona Sérgio Jacomino no artigo "Cadastro e Registro de Imóveis. Os irmãos siameses da gestão territorial" ([https://pt.scribd.com/document/130140158/Cadastro-e-registro-de-imoveis-irmaos-siameses-da-gestao-territorial]), as origens da tradição registral brasileira se fundam na cultura jurídica portuguesa, com importante destaque à Lei de Sesmarias de Fernando I (1375).

Em sua origem, o instituto da sesmaria se ligava à tradição medieval ibérica das terras comunais ou *communalia*. Ao fim da Idade Média, as sesmarias eram os terrenos devolutos entregues pelo Estado português para aqueles que se dispunham a colonizá-los e cultivá-los, motivados pela relativa desocupação do território real, causada pela peste negra e pelo movimento de reconquista ibérica que integrou territórios ao reino. Tal modelo foi transportado para os territórios portugueses ultramarinos, primeiramente para a área insular do Atlântico e posteriormente para o Brasil.

A consequência da utilização de tal instituto ao território brasileiro durante o período colonial, mesmo que com eventuais adaptações locais, foi que, do descobrimento até 1850, a posse era o signo do proprietário, ou seja, o elemento externo de publicidade que gerava a presunção de propriedade, com relativa ausência de titulação institucional. De fato, em virtude do baixo grau de formalismo, a situação jurídica da propriedade fundiária nesse período era essencialmente precária, mesmo para aquelas recebidas diretamente da coroa o que levou à suspensão da concessão de sesmarias em 1822.

Destaca-se, em seguida, a Lei Orçamentária 317 de 21 de outubro de 1843, regulamentado pelo Decreto 482, de 14 de novembro de 1846, que previram a criação de um mecanismo de vinculação da terra ao crédito. A sua motivação era primordialmente econômica e essencialmente hipotecária, antecedendo ao Registro Geral de Imóveis. Destaca-se da referida lei: "Art. 35. Fica creado um Registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos".

O marco de início do registro de imóveis no Brasil foi a publicação da Lei de Terras do Império 601/1850 e seu regulamento (Decreto 1.318/1854) que

instituiu o registro das terras a ser realizado pelos vigários das Freguesias, e consistia em modalidade meramente declaratória alicerçada na posse. O desenvolvimento histórico do sistema de registro de imóveis se aproximava do sistema atual apenas com a Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864 que estabelecia o Registro Geral de Imóveis, compreendendo a transcrição dos títulos de transmissão dos imóveis suscetíveis de hipoteca e ônus reais e a inscrição destes, com afirmação expressa do princípio da territorialidade do registro de imóveis, tendo em vista a determinação de que tanto a transcrição quanto a inscrição deviam ser feitas na comarca da situação dos bens. Destaca-se por fim que, pelo referido dispositivo, a incumbência pela prática dos atos registrais relativos a imóveis passava a ser dos tabeliães criados ou designados pelo citado Decreto 482/1846.

Tem-se, em seguida, como marco relevante no desenvolvimento de nosso sistema atual de registros públicos de imóveis, o Código Civil de 1916, que inova ao concretizar a transcrição do título no livro de registro como modo de aquisição da propriedade imobiliária. Tal acepção teve importante reflexo no desenvolvimento do direito de propriedade, na medida em que a presunção de propriedade do imóvel passou a ser daquele em cujo nome estivesse transcrito o título, mitigando-se a face possessória da legitimação fundiária.

A grande revolução no sistema brasileiro, assim, foi a edição da Lei Federal 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, e consistiu verdadeira mudança de paradigma, transferindo-se o foco do registro do título (transcrição), para o imóvel e suas mutações jurídicas (fólio real), com inegável evolução do registro fundiário em direção ao sistema de fé pública adotado na Alemanha, mitigado para adequar-se à realidade local, de baixo nível de acurácia técnica na especialização da terra e elevado grau de informalidade, decorrente do modo pelo qual evoluiu o direito de propriedade no Brasil. Este é o sistema atual, com o registro escriturado de forma narrativa, com suporte físico em papel, com a crítica de sua não integração com o cadastro, este último desprovido de regulamentação e disperso nas competências dos diversos entes federativos.

## 3. O SISTEMA BRASILEIRO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

O sistema jurídico introduzido pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, estabeleceu o regime jurídico ao qual estão inseridos notários e registradores, qual seja, o da delegação privada do serviço público notarial e registral. Especificamente, consta no artigo 236 da Constituição Federal que "os serviços notariais e registrais são exercidos

*em caráter privado*". Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao proferir acórdão acerca do regime de ingresso por meio de concurso público, trata-se de norma de eficácia plena ou autoaplicável (MS 28.279, Relatora a Ministra Ellen Gracie, *DJe* de 29.4.2011).

Não obstante o caráter de norma de eficácia plena, o dispositivo constitucional demandava regulamentação, que foi editada pelo Congresso Nacional sob a forma da Lei Federal 8.935/1995, norma jurídica regulamentadora do mencionado art. 236 da Constituição. Referido diploma atribui a fé pública do Estado ao notário (ou tabelião) e oficial de registro, ou registrador. (verbis: "Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro"). Fé pública é atributo especial que lei dá aos atos praticados pelo delegado do serviço registral no exercício de sua função pública, atribuindo-lhes presunção de verdade relativa.

Pode-se singelamente definir "registro de imóveis" como a atividade de organização técnica e administrativa, realizada em caráter privado por delegação pública, destinada a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos relativos a imóveis. Trata-se, pois, do núcleo de informações sobre imóveis, proprietários e ônus, relativos às glebas e unidades imobiliárias de determinada circunscrição territorial. O registrador exerce a função guardião do direito fundamental da Propriedade (art. 5°, XXII da Constituição Federal), tratando nominação da titularidade, extensão e eventuais direitos incidentes sobre o imóvel.

Na tradição jurídica brasileira registros e notas são considerados serviços auxiliares ao Poder Judiciário e, por expressa determinação constitucional, compete à autoridade judiciária a fiscalização da atividade notarial e registral (c.f. Art. 236, § 1º da Constituição Federal, c/c art. 30, XIV da Lei Federal 8.935/1994). Entende-se, assim, ser da competência do judiciário a emissão de normas gerais, de cunho eminentemente técnico, direcionadas à atividade notarial e registral, que o faz por meio dos provimentos e normas de serviço. A competência para edição de normas técnicas se estende ao Conselho Nacional de Justiça ("CNJ"), órgão externo do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, uma vez que realiza o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário.

O registro de imóveis se assenta na construção de uma estrutura que garanta a segurança jurídica, buscando a redução de eventuais conflitos fundiários e na plena publicidade das relações imobiliárias, possibilitando que se exerça a proteção dos direitos de propriedade do titular e terceiros interessados em face de todos, inclusive do Estado. O registro, no sistema brasileiro, garante que a titulação esteja revestida de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia

(segurança jurídica formal). Conforme Walter Ceneviva (in Lei de Registros Públicos Comentada), publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos; a autenticidade é a qualidade do que é confirmado por ato de autoridade, de coisa, documento ou declaração verdadeiros; segurança é a libertação do risco, é a certeza quanto ao ato e sua eficácia; e a eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos ou nas informações do registro.

Com a evolução informacional surgiu uma sociedade interconectada, com urgência no atendimento de suas demandas; com usuários exigentes e conscientes dos seus direitos como cidadãos e consumidores. Está-se assim em um momento de transição entre o físico e o virtual cuja característica mediata é a sua absoluta inevitabilidade, pelo que se constata que se está diante de um ponto de inflexão, com o abandono gradual da técnica historicamente utilizada para a adoção de sistemas eletrônicos de bancos de dados.

Diante das imensas assimetrias que se verificam no Brasil, pode-se afirmar que o desafio (necessário) que se apresenta aos registradores imobiliários será imenso, uma vez que o modelo atualmente adotado é atomizado, ou seja, formado por unidades estanques em seus próprios registros, no mais das vezes exclusivamente físicos, sem interconexão de bancos de dados que possibilitem a resposta massificada a uma determinada requisição por informações. O modelo textual, com registros feitos sob a forma de texto discursivo, submerge ao modelo estruturado de construção e armazenamento de informações, que possibilitam a criação de centros de serviços registrais responsáveis por atender a uma demanda cada vez maior por informações, seja do Poder Público, seja dos agentes econômicos, tratados posteriormente.

# 4. A EVOLUÇÃO DA TÉCNICA REGISTRAL

A técnica inerente aos registros, desde a sua origem, é a linguagem escrita, mudando, conforme o desenvolvimento tecnológico contemporâneo, os seus instrumentos e os meios para que seja produzida. Mais primitivamente, era o manuscrito, ou seja, a atividade inerente ao ser humano de se transpor a palavra, a ideia, a um corpo físico apropriado, como o papel, utilizando as mãos para a manipulação dos instrumentos e meios de escrita. Os livros do Registro Geral, desde sempre, foram manuscritos, servindo tal técnica ainda hoje para os "livros de transcrição", ainda existentes nos cartórios de registro de imóveis.

Com a edição da Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/1973) observou-se uma profunda alteração no sistema, com a mudança do foco do registro do título (pessoal) para o imóvel (real) e a consolidação de certos princípios

inerentes ao registro imobiliário, tais como a territorialidade, especialidade, continuidade, unicidade etc. A adoção do fólio ("folha") real implica em dizer que a cada imóvel corresponde uma ficha de matrícula, adotando-se em sua técnica de elaboração o método datilográfico, posteriormente substituído pelos editores de texto e pelos métodos de impressão computadorizadas. Deve ser observado, no entanto, que a despeito da utilização de estruturas computacionais por uma grande parte dos cartórios de registro de imóveis, tem-se que no Brasil há a convivência de modelos tecnicamente eficientes (como nos Estados de Sudeste, e em boa parte região Sul e Centro-Oeste), com modelos que se remetem ao medievalismo da técnica manuscrita. A redução dessas assimetrias é, sem dúvida, um dos maiores desafios para o sistema de registro de imóveis.

Uma das características do fenômeno técnico pós-moderno é busca incessante pela eficácia. A preocupação da sociedade e dos institutos é a utilização do método mais eficaz para a consecução de seus objetivos e suas necessidades. Desse modo, para o desenvolvimento de um sistema de registro que garanta efetivamente a segurança jurídica da propriedade, o próximo passo é o desenvolvimento de um sistema eletrônico de registro de imóveis no Brasil.

Assim, a Medida Provisória 2.200-2, de 24.08.2001 que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil tem papel relevante, uma vez que foi editada como diploma legal que visa garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica. Dentre outras providências, instituiu o ITI – Instituto de Tecnologia da Informação como autoridade certificadora raiz.

Em seguida, pode-se destacar a regulamentação da informatização do Poder Judiciário com a edição da Lei Federal 11.280, de 16.02.2006 e da Lei 11.419, de 19.12.2006 que inovaram ao instituir a informatização do processo judicial. Lembra-se que o sistema notarial e registral se vinculam de forma indissociável ao Poder Judiciário, conforme o art. 236 e 103-B da CF.

Com olhos especificamente para o Estado de São Paulo, destaca-se o Provimento da Corregedoria Geral do Estado de São Paulo 29/2007, que trouxe a possibilidade de recepção e envio de documentos em meio eletrônico (Ofício Eletrônico), voltado especificadamente para a recepção e respostas de requisições do Poder Público de informações dirigidas aos cartórios imobiliários. Em seguida, houve o provimento 32/2007 e a possibilidade de emissão pelos Re-

Fonte: Relatório do Banco Mundial – Brasil – Avaliação de Governança Fundiária – [http://documents.worldbank.org/curated/pt/2014/06/19767746/assessment-land-governance-brazil].

gistros Imobiliários e recepção pelos Tabeliães de Notas de certidões emitidas eletronicamente e assinadas por certificado digital ICP Brasil.

Percebe-se uma tendência de desmaterialização do acervo registral e a construção paulatina de mecanismos de busca e constrição de bens imóveis em meio eletrônico, com destaque às ferramentas integradas ao sistema paulista como o "Penhora Online" (mecanismo de constrição judicial eletrônico e a obrigação de criação de índices eletrônicos de bens e pessoas e o arquivamento digital de documentos e livros). Aspecto relevante a ser mencionado, no entanto é que com a técnica registral atual não se pode falar ainda em registro eletrônico de imóveis. Há a mera replicação do modo de fazer já conhecido para o mundo informatizado. A implementação das tecnologias ainda não foi desruptiva para o sistema de registro de imóveis, talvez por certo conservadorismo inerente às técnicas eminentemente jurídicas. Atravessa-se, talvez, um ponto de singularidade, no qual tecnologias já conhecidas, como a do papel e do microfilme podem ser obliteradas pela nova realidade cibernética, superando o certo estranhamento que hoje existe com relação às novas tecnologias, bem como a incerteza de sua efetiva segurança na guarda de informações.

Mas é certo que Lei 8.935/1994 trouxe determinação de que se aplique também ao registro de imóveis, atividade tradicionalmente burocrática, o Princípio da Eficiência, inerente à administração púbica. Assim, superada a desconfiança inicial de que a adoção de novas tecnologias podem mudar as concepções básicas da atividade registral, é indispensável a incorporação pelos registradores das ferramentas postas à disposição, em favor da construção de uma técnica que atenda aos anseios do usuário, ou seja, dos agentes econômicos, dos proprietários de imóveis, das empresas, do sistema financeiro, e mesmo do Estado.

# 5. A Lei Federal 11.977, de 7 de julho de 2009

O marco legal para o Registro Eletrônico de Imóveis no Brasil foi a edição da Medida Provisória 459, de 25.03.2009, convertida na Lei Federal 11.977, de 07.07.2009 – Lei que instituiu o programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal.<sup>3</sup> O primeiro aspecto que se destaca do texto normativo é a atribuição por força de lei aos registros públicos da obrigatoriedade de construção e instituição

<sup>3.</sup> Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

Art. 38. Os documentos eletrônicos apresentados aos serviços de registros públicos ou por eles expedidos deverão atender aos requisitos da Infraestrutura de Chaves

do sistema de registro eletrônico, com características de universalidade, ou seja, deverá ser adotado para todos os cartórios extrajudiciais, com atendimento dos requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil e arquitetura e-Ping (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico). O Sistema de Registro Civil de Pessoas Naturais encontra-se regulamentado pelo Decreto 8.270, de 26 de junho de 2014 – Criação do SIRC – Sistema Nacional de Informações do Registro Civil coordenado pela Arpen – Associação dos Registradores de Pessoas Naturais.

O projeto pioneiro no Brasil, que se iniciou a partir da determinação de implantação do Registro Eletrônico, foi o desenvolvimento no Estado de São Paulo do chamado SREI-Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis pela ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo. Destacam-se na estruturação do SREI para o Estado de São Paulo o Parecer 123/09-E, que deu origem ao Provimento CG 06/2009 da Corregedoria Geral do Estado de São Paulo, que ampliou a ferramenta de constrição eletrônica de bens imóveis, denominada "Penhora Online" e tornou obrigatória a integração de todos os cartórios do Estado de São Paulo com a criação da Central Estadual de Dados Registrais ("Central ARISP") e que, posteriormente, transformou-se na central de serviços eletrônicos compartilhados "Central Registradores". Outro marco foi a edição no Estado de São Paulo do provimento CG 13/2009 que instituiu

Públicas Brasileira – ICP e à arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico), conforme regulamento.

Parágrafo único. Os serviços de registros públicos disponibilizarão serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico.

Art. 39. Os atos registrais praticados a partir da vigência da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, serão inseridos no sistema de registro eletrônico, no prazo de até 5 (cinco) anos a contar da publicação desta Lei. (Vide Decreto n. 8.270, de 2014)

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

Art. 40. Serão definidos em regulamento os requisitos quanto a cópias de segurança de documentos e de livros escriturados de forma eletrônica.

Art. 41. A partir da implementação do sistema de registro eletrônico de que trata o art. 37, os serviços de registros públicos disponibilizarão ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo federal, por meio eletrônico e sem ônus, o acesso às informações constantes de seus bancos de dados, conforme regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória n. 656, de 2014)

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no *caput* ensejará a aplicação das penas previstas nos incisos II a IV do *caput* art. 32 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.

a central de indisponibilidades do Estado de São Paulo e tornou obrigatória a sua utilização pelos juízos estaduais.

A experiência da centralizadora das indisponibilidades trouxe resultados positivos para o sistema de segurança jurídica, o que levou a Corregedoria Nacional da Justiça a expedir o provimento 39/2014, de 25 de julho de 2014, dispondo sobre a instituição e funcionamento da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, destinada a recepcionar comunicações de indisponibilidade de bens imóveis não individualizados, visando à racionalização do intercâmbio de informações entre o Poder Judiciário e os órgãos prestadores dos serviços notariais e de registro. O ato normativo surgiu também em atendimento ao Acordo de Cooperação Técnica 84, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça, Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo e Instituto do Registro Imobiliário do Brasil em 2010, em funcionamento no portal [www.indisponibilidade.org.br], desenvolvido, mantido e operado pela Arisp, com a cooperação do IRIB. Seu funcionamento se dá sob o acompanhamento e fiscalização da Corregedoria Nacional de Justiça, das Corregedorias Gerais da Justiça e das Corregedorias Permanentes, nos âmbitos de suas competências e destina-se ao cadastramento e encaminhamento das ordens de indisponibilidade decretadas pelo Poder Judiciário e por entes da Administração Pública autorizados em Lei.

No Estado de São Paulo, o provimento da Corregedoria Geral da Justiça 42/2012 dispôs sobre a implantação do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) no Estado de São Paulo e operação da Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados dos Registradores de Imóveis ("Central Registradores"). Paralelamente, foram realizados os estudos necessários para especificação do modelo de sistema digital a ser adotado para fins de implantação no Brasil de um sistema de registro eletrônico, levado a cabo pelo Laboratório de Sistemas Integráveis Tecnológicos – LSI-TEC, ligado à Universidade de São Paulo, tornados públicos por meio da recomendação 14 do Conselho Nacional de Justiça.<sup>4</sup>

Finalmente, o Conselho Nacional de Justiça, por meio de sua Corregedoria Nacional, editou o provimento 47, de 19 de junho de 2015,<sup>5</sup> que dentre outras

<sup>4. [</sup>www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61887-corregedoria-recomenda-adocao-de-sistema-de-registro-eletronico-de-imoveis].

<sup>5. [</sup>www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2967]. Diante de sua importância, passa-se a transcrever o teor completo do Provimento 47/2015 expedido pela Exma. Ministra Nancy Andrighi que estabeleceu as diretrizes para o sistema de registro eletrônico de imóveis.

providências, determinou aos Oficiais de Registro de Imóveis que promovessem a criação nos Estados e no Distrito Federal das denominadas "Centrais de

Art. 1°. O sistema de registro eletrônico de imóveis (SREI), sem prejuízo de outras normas aplicáveis, observará o disposto, especialmente:

I – nos arts. 37 a 41 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009;

II – no art. 16 da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006;

III – no § 6º do art. 659 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

IV – no art. 185-A da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional;

V – no parágrafo único do art. 17 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973;

VI – na Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991 e seus regulamentos;

VII – nos incisos II e III do art. 3º e no art. 11 da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014; e VIII – neste provimento, complementado pelas Corregedorias Gerais da Justiça de cada um dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, observadas as peculiaridades locais.

Art. 2°. O sistema de registro eletrônico de imóveis deverá ser implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada Estado e do Distrito Federal e dos Territórios, e compreende:

 I – o intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os ofícios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral;
 II – a recepção e o envio de títulos em formato eletrônico;

III – a expedição de certidões e a prestação de informações em formato eletrônico; e IV – a formação, nos cartórios competentes, de repositórios registrais eletrônicos para o acolhimento de dados e o armazenamento de documentos eletrônicos.

- Art. 3º. O intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os ofícios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral estará a cargo de centrais de serviços eletrônicos compartilhados que se criarão em cada um dos Estados e no Distrito Federal.
- $1^{\circ}$ . As centrais de serviços eletrônicos compartilhados serão criadas pelos respectivos oficiais de registro de imóveis, mediante ato normativo da Corregedoria Geral de Justiça local.
- $2^{\circ}$ . Haverá uma única central de serviços eletrônicos compartilhados em cada um dos Estados e no Distrito Federal.
- 3º. Onde não seja possível ou conveniente a criação e manutenção de serviços próprios, o tráfego eletrônico far-se-á mediante central de serviço eletrônico compartilhado que já esteja a funcionar em outro Estado ou no Distrito Federal.
- 4º. As centrais de serviços eletrônicos compartilhados conterão indicadores somente para os ofícios de registro de imóveis que as integrem.
- 5º. As centrais de serviços eletrônicos compartilhados coordenar-se-ão entre si para que se universalize o acesso ao tráfego eletrônico e se prestem os mesmos serviços em todo o País.
- 6º Em todas as operações das centrais de serviços eletrônicos compartilhados, serão obrigatoriamente respeitados os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e, se houver, dos registros.

Serviços Eletrônicos Compartilhados", para o fim de promover o intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os ofícios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral. Por força da citada norma administrativa, determinou-se que os registrado-

7º As centrais de serviços eletrônicos compartilhados deverão observar os padrões e requisitos de documentos, de conexão e de funcionamento, da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP e da arquitetura dos Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico (e-Ping).

Art. 4º. Todas as solicitações feitas por meio das centrais de serviços eletrônicos compartilhados serão enviadas ao ofício de registro de imóveis competente, que será o único responsável pelo processamento e atendimento.

Parágrafo único. Os oficiais de registro de imóveis deverão manter, em segurança e sob seu exclusivo controle, indefinida e permanentemente, os livros, classificadores, documentos e dados eletrônicos, e responderão por sua guarda e conservação.

Art. 5°. Os documentos eletrônicos apresentados aos ofícios de registro de imóveis, ou por eles expedidos, serão assinados com uso de certificado digital, segundo a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP, e observarão a arquitetura dos Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico (e-Ping).

Art. 6°. Os livros do registro de imóveis serão escriturados e mantidos segundo a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, sem prejuízo da escrituração eletrônica em repositórios registrais eletrônicos.

Art. 7°. Os repositórios registrais eletrônicos receberão os dados relativos a todos os atos de registro e aos títulos e documentos que lhes serviram de base.

Parágrafo único. Para a criação, atualização, manutenção e guarda permanente dos repositórios registrais eletrônicos deverão ser observados:

I – a especificação técnica do modelo de sistema digital para implantação de sistemas de registro de imóveis eletrônico, segundo a Recomendação n. 14, de 2 de julho de 2014, da Corregedoria Nacional de Justiça;

II – as Recomendações para Digitalização de Documentos Arquivísticos Permanentes de 2010, baixadas pelo Conselho Nacional de Arquivos – Conarq; e

III – os atos normativos baixados pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 8°. Aos ofícios de registro de imóveis é vedado:

I – recepcionar ou expedir documentos eletrônicos por e-mail ou serviços postais ou de entrega;

II – postar ou baixar (download) documentos eletrônicos e informações em sites que não sejam os das respectivas centrais de serviços eletrônicos compartilhados; e

III – prestar os serviços eletrônicos referidos neste provimento, diretamente ou por terceiros, em concorrência com as centrais de serviços eletrônicos compartilhados, ou fora delas.

Art. 9°. Os serviços eletrônicos compartilhados passarão a ser prestados dentro do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias.

Art. 10. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

res imobiliários deverão construir uma central unificada em cada Estado e no Distrito Federal, com a ressalva de que, nos locais onde não seja possível ou conveniente a criação e manutenção de serviços próprios, o tráfego eletrônico poderá ser mediante central de serviço eletrônico compartilhado que já esteja funcionando em outro Estado ou no Distrito Federal.

# 6. A COORDENAÇÃO NACIONAL DAS CENTRAIS DE REGISTROS ELETRÔNICOS COMPARTILHADOS

O provimento 47 da Corregedoria Nacional da Justiça determinou aos registradores imobiliários que criassem meios para que se universalizasse o tráfego de títulos e informações registrários por meio eletrônico, com a criação das denominadas "Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados", vedando, no entanto a criação de uma Central Nacional de Registro Eletrônico de Imóveis, no formato inicialmente proposto pelo Poder Executivo Federal no Projeto Sinter, tratado a seguir. Ao contrário, verifica-se no texto regulamentar a existência de expressa determinação de que se constituam Centrais Estaduais, com a obrigação, todavia, de coordenação entre si para cumprimento do critério de universalização dos serviços, ou seja, de redução da imensa assimetria hoje existente entre os diferentes entes federativos.

Tendo em vista o caráter fragmentário do provimento, com potencial criação de até 27 centrais distintas, que o Instituto de Registro Imobiliário propôs, em atendimento ao art. 3.º § 5.º do Provimento 47/2015, criando em nível nacional um órgão permanente, de caráter técnico, formado por representantes do IRIB e das centrais estaduais e distrital de serviços eletrônicos compartilhados, denominado "Coordenação Nacional das Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados do Registro de Imóveis" (CONSEC – RI). Dentro desse contexto, foi firmado em 6 de abril de 2016, em Brasília/DF, termo de compromisso entre o IRIB, a Associação de Notários e Registradores do Brasil e representantes institucionais dos registradores do Distrito Federal e dos Estados de São Paulo, Tocantins, Amazonas, Sergipe, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Goiás, Rio Grande do Sul e Pará, para a criação da Coordenação como núcleo emissor de normas técnicas, com a afirmação do caráter de autorregulamentação da atividade registral.

Dentre as suas funções estão: a gestão dos critérios de interoperabilidade do registro eletrônico de imóveis integrado pelas Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados; a definição da política de segurança da informação, atendendo aos requisitos de confidencialidade, integridade, disponibilidade e autenticidade e os perfis de acesso aos dados registrais, cadastrais e fiscais; o

auxílio à implementação, o monitoramento e a avaliação do sistema de registro eletrônico de imóveis do país; a expedição de normas de caráter técnico, com os requisitos de modelagem dos arquivos para fins de integração entre as diferentes centrais de serviços eletrônicos compartilhados; e a produção dos documentos técnicos para fins de comunicação entre as diferentes centrais dos Estados e do Distrito Federal, com vistas a garantir a interoperabilidade entre os sistemas.

## 7. CADASTRO VS. REGISTRO

Cadastro e registro são institutos inter-relacionados, mas com objetos claramente distintos. O registro é, nas palavras de Serpa Lopes, "A menção de certo atos ou fatos, exarada em registros especiais, por um oficial público, quer à vista dos títulos comuns que lhe são apresentados, quer em face de declarações escritas ou verbais das partes interessadas (Tratado dos registros públicos, v. 1, 1955, p. 17)", ou seja, trata-se de instituto essencialmente de valoração jurídica, indicando qual o objeto, a extensão e o titular da propriedade privada, de caráter obrigatório, consistindo essencialmente em instrumento de proteção do titular do direito em face de outros particulares e do próprio Estado, sendo no Brasil competência exclusiva dos Registradores Imobiliários, que detém a delegação prevista no art. 236 da CF.

O cadastro imobiliário, por sua vez, é uma relação, um inventário, um conjunto de informações necessárias ao Estado para a consecução de determinada atividade ou interesse. Nas palavras de Eduardo Augusto, Diretor de Assuntos Agrários do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, "cadastro é um inventário, um rol de informações sobre determinado interesse, tendo por base pessoas ou coisas. Seu objetivo é político-administrativo, podendo ser utilizado em qualquer seara (econômica, social, fiscal, segurança nacional, ambiental). A atividade cadastral é competência do Executivo, que tem a missão de colher informações que lhe propiciem gerenciar, com eficiência, o povo em seu território. Isso porque o mundo gira hoje em torno da informação (a Era da Informação), pois sem ela o fracasso é certo".

Apesar de terem conceitos muito diferentes, por vezes há certa confusão entre os institutos, com a consequente expressão de críticas, por mais das vezes generalistas e desprovidas de maior embasamento, em especial contra o sistema de registro de imóveis brasileiro. Há que se ter claro que ao cadastro compete a determinação física, demográfica, ambiental e econômica dos bens imóveis, e a sua função se relaciona de forma íntima com os objetivos e necessidades do Poder Público, em especial com o aspecto tributário e estatístico.

Já ao registro compete de forma específica a descrição jurídica do direito de propriedade imobiliária e a determinação de direitos incidentes sobre o bem.

# 8. A INTEGRAÇÃO ENTRE CADASTRO E REGISTRO. O PROJETO SINTER

Uma das críticas recorrentes ao sistema de registro adotado pelo Brasil é o de que não há comunicação, ou seja, integração, entre o registro e o cadastro, permanecendo ambas as funções absolutamente estanques, com interfaces limitadas e tecnologicamente defasadas, o que permite a existência de uma assimetria permanente entre as informações acerca da situação jurídica e a situação física do imóvel, bem como as demais informações que interessam ao Estado para fins de tributação e para a consecução de suas atividades. Sob a justificativa de diminuir tal assimetria e visando a criação de regras gerais para a estruturação de um cadastro nacional unificado, de caráter multifinalitário, foi assinado pela Presidente Dilma Rousseff, no dia 10 de maio de 2016, o Decreto 8.764, publicado no D.O.U. de 11 de maio de 2016, que instituiu o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais ("Sinter"), cujo projeto é capitaneado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com participação dos demais órgãos governamentais. O objetivo expresso do referido decreto são a criação de um sistema de cadastro multifinalitário integrado e a regulamentação do art. 41 da Lei Federal 11.977/2009. Durante o período de sua maturação o projeto sofreu diversas alterações, mas sempre visando alguma forma de interação entre os universos do registro e do cadastro. Inicialmente, foi apresentado à sociedade e aos registradores de imóveis em setembro de 2013 em um seminário realizado na Capital Federal e promovido pela Secretaria da Receita Federal. Na proposta inicial a regulamentação do sistema de registro eletrônico brasileiro era feita pelo Poder Executivo, por meio de decreto, com a criação dos elementos e da estrutura da matrícula eletrônica e de uma central de serviços e dados única, nacional, que integrasse todos os registros de imóveis do Brasil. Todavia, vislumbrava-se um forte caráter centralizador das informações junto ao Poder Executivo Federal, inclusive com replicação dos dados registrais e dos backups em servidores da União, por meio de um instrumento denominado DIRE – Documento Interoperável de Registro Eletrônico,6 regulamentando ainda o acesso às informações registrais por parte por parte do Poder Executivo Federal e Poder Judiciário.

<sup>6.</sup> Vide texto base em: [https://arisp.files.wordpress.com/2010/11/texto-base-seminario-sinter-rede-de-gestao-integrada-de-informacoes-territoriais.pdf].

Após a regulamentação feita pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do provimento 47/2016 a proposta da Receita Federal do Brasil sofreu profundas modificações em sua estrutura, passando a ter a formatação atual, conforme publicado no *DOU* de 11 de maio de 2016, com a instituição de um sistema de gestão de informações territoriais, com caráter multifinalitário, a ser implantando no seio da RFB e sendo integrado por instituições diversas, tanto do Poder Executivo Federal, quanto das Prefeituras Municipais e Sistema Financeiro Habitacional.<sup>7</sup>

A pretensão é que se integrem em uma única plataforma todos os dados relativos a imóveis e seus direitos correlatos, sejam produzidos pelos registradores imobiliários, ou pelas mais diferentes esferas governamentais, a exemplo do que já existe em diversos países da OCDE nos quais o sistema de gestão territorial cadastrado é regulado por lei central. O grande desafio na gestão fundiária é a ausência de unidade entre os diversos bancos de dados, o que leva à repetição automática de trabalho já realizado, ou seja, a uma sobreposição funcional. Funções como o Sistema de Gestão Fundiária do INCRA (SIGEF/MDA), o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), o Cadastro Ambiental Rural (CAR), a gestão das terras destinadas a assentamentos para fins de reforma agrária e assentamentos quilombolas, o cadastros das terras indígenas da Fundação Nacional do Índio, todas são funções dispersas que demandam a criação de um modo de interação entre todos.

A análise da estrutura de governança fundiária no Brasil expõe problemas graves, não somente relacionados à situação de alta concentração de terras em mãos de poucos proprietários, reduzido grau de formalidade na aquisição da terra, o que dificulta o acesso ao crédito agrícola, à fragilidade persistente dos registros, em especial nos Estados do Norte e Nordeste e à ausência de critérios técnicos para a construção de um sistema cadastral firme de terras particulares, mas também à absoluta falta de controle e governança na administração do patrimônio público, no qual instituições Federais, Estaduais e Municipais colidem seus campos de atuação, criando um vácuo que se pretende ser suprido pelo incipiente Sinter que unirá em uma única base computacional as "informações registrais, cadastrais, fiscais e geoespaciais provenientes de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos serviços de registros públicos e de pessoas

Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8764. htm].

*jurídicas de direito privado*", 8 criando para tanto um identificador cadastral único, nacional, seja para imóveis urbanos ou rurais.

Conforme previsão regulamentar, as informações cadastrais e geoespaciais serão integradas em níveis gráficos de mapeamento georreferenciado (camadas), conforme levantamento dos limites das parcelas cadastrais, definidas como unidades do cadastro que identificam áreas com regimes jurídicos distintos, incluindo os bens públicos não registrados, como terras devolutas, vias públicas, praças, lagos e rios navegáveis que também serão modelados por parcelas cadastrais, devendo os padrões de bases cartográficas, de dados georreferenciados e de metadados estar em conformidade com o disposto nas normas técnicas da Comissão Nacional de Cartografia – Concar.

O Sinter tem a potencialidade de abrir margem para a adoção de critérios de planejamento e gestão territorial sob a forma de cadastros temáticos, ou seja, um conjunto de informações relacionadas a um determinado tema, tais como os cadastros fiscais, fundiários, geoambientais, educacional, de infraestrutura, de rede viária, de mapeamento das áreas de risco e de segurança pública. Há ainda expressa previsão no decreto que as informações "relativas às garantias constituídas em operações de crédito serão processadas pelo Sinter, em conformidade com os dados remetidos pelos serviços de registros públicos, de forma a possibilitar ao Banco Central do Brasil a consulta unificada, em âmbito nacional, das informações relativas ao crédito e ao acesso às informações necessárias ao desempenho de suas atribuições".

Um ponto nodal na construção do sistema de informações territoriais é a integração do cadastro com o registro, contida na obrigatoriedade do encaminhamento por parte dos serviços de registros públicos, sem ônus, de documentos natos digitais estruturados que identifiquem, de forma imediata, a situação jurídica do imóvel, ou outras informações necessárias para fins estatísticos, atualizados a cada ato registral, sendo que a partir do início do funcionamento do sistema, o acesso de qualquer órgão do Poder Executivo Federal às informações registrais e à visualização de matrículas imobiliárias, obrigatoriamente se dará por meio de interface do Sinter, que passará a ser responsável pela política de autenticação de usuário e de segurança das informações.

Se adotado em sua integralidade e com a adoção de tecnologias de "big data", o Sinter também tem o potencial de revolucionar o acesso à informação pessoal e patrimonial do cidadão, o que, por sua vez, gera a necessidade de que se discutam os níveis de segurança a serem adotados para fins de ingresso dos

<sup>8.</sup> Art. 8.º do Decreto 8.764/2016.

usuários e manipulação do sistema. Há que se refletir acerca da amplitude do termo "publicidade" como característica do sistema de registros públicos e em que nível o seu tratamento como informação de massa pode ser tratado como quebra da privacidade. Tome-se, por exemplo, o art. 11 do Decreto 8.764/2016 que determina que "Com base nos dados enviados pelos serviços de registros públicos, o Sinter criará uma camada temática destinada ao cadastramento das aquisições e dos arrendamentos de áreas rurais por estrangeiros, na qual estarão inclusas as empresas brasileiras com participação estrangeira majoritária, e por pessoas físicas casadas ou em união estável com estrangeiro em regime de comunhão de bens, ainda que inaplicáveis as restrições estabelecidas na Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971, *e no* Decreto n. 74.965, de 26 de novembro de 1974". Aparentemente tal dispositivo vai além do mero cadastro, consistindo em verdadeira forma de controle estatal de terras sob domínio de estrangeiros.

## 9. Conclusão

As tecnologias colocadas à disposição e que poderiam servir de ferramentas para a construção de um sistema eletrônico de registro de imóveis ainda são utilizadas de forma incremental e não disruptiva. Os registros ainda são feitos em papel, servindo o suporte eletrônico de mero fac-símile da informação física. É certo que por motivo de segurança na guarda das informações, haverá no âmbito dos registros públicos a coexistência entre o meio físico e o eletrônico, do mesmo modo que ainda hoje, mais de quarenta anos após a edição da lei de registros públicos há a coexistência entre a transcrição e a matrícula. Todavia, o que se vislumbra é a migração gradativa da escrituração dos livros e registros existentes para um sistema de registro eletrônico que possibilite a produção e guarda das informações em meio estruturado. O que é certo, no entanto é que a implantação do sistema não será simples, em especial devido ao passivo histórico das serventias registrais. Haverá a necessidade de inclusão de informações no banco de dados e aquisição de equipamentos e insumos, bem como de treinamento e capacitação dos delegados registrais e seus prepostos, com mudança profunda nos processos internos dos Cartórios.

A implantação do Registro Eletrônico deve ser visto como uma oportunidade de capacitação de pessoal, do Oficial, dos órgãos públicos, dos agentes do Sistema Financeiro Habitacional e Imobiliário e do Poder Judiciário. A interação entre o registro e o cadastro é um passo na direção certa para a implementação de um sistema de governança fundiária eficiente, uma vez que permitirá que o Estado tome conhecimento não somente de sua situação física, ambiental, econômica, mas também da situação jurídica do imóvel, com a possibilidade de processamento massificado das informações estatísticas, conjunturais e estruturais relativas ao mercado imobiliário.

Há, certamente, dúvidas acerca da segurança sistêmica do Registro Eletrônico, na medida em que a tecnologia do papel é conhecida e dominada, e a evolução dos sistemas, softwares, modelos de digitalização sujeitam os operadores à utilização de instrumentos técnicos atualizados, sob a pena de obsolescência e perda de informações. Para que se evite a ocorrência de tal fato, danoso ao sistema de segurança jurídica, deverá haver a normatização de processos, seja expedida pelo Poder Público, seja expedida em um contexto de autorregulação, como no exemplo da Coordenação Nacional das Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados do Registro de Imóveis. Apenas a cristalização dos marcos regulatórios do registro eletrônico, e paralelamente, do sistema de cadastro imobiliário permitirá o incremento da segurança das informações.

Em suma, a opacidade da realidade fundiária no Brasil passa pela necessidade urgente de interação entre registro e cadastro e pelo desenvolvimento das instituições de segurança jurídica, tal como o registro de imóveis, capacitando-as a operar com as tecnologias já existentes, como o certificado digital, o processamento massificado de dados, e o repositório de dados e imagens seguros. Todavia, é indispensável que se faça também a reflexão da amplitude do conceito do vocábulo "publicidade", mencionado no texto normativo, e em que nível o tratamento dos dados registrais como informação de massa pode ser considerado como infração a direitos individuais e como manifestação de caráter autoritário destinado ao controle autocrático da sociedade. Há que se pesar assim os dois, as necessidades do Estado como representante da sociedade, e a intimidade do indivíduo.

### 10. Referências

- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Série Rumos da Cultura Moderna. v. 12. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos* (4 v.). Brasília: Livraria e Editora Jurídica, 1996.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big Data Como Extrair Volume, Variedade, Velocidade e Valor da Avalanche de Informação Cotidiana. São Paulo: Elsevier, 2013.
- AUGUSTO, Eduardo Agostino Arruda. Artigo *Cadastro e Registro*; *irmãos siameses da regularização fundiária*. Disponível em: [http://eduardoaugusto-irib.

- blogspot.com.br/2011/09/cadastro-e-registro-irmaos-siameses-da.html]. Acesso em: 25.07.2016.
- JACOMINO, Sérgio. Artigo Cadastro e Registro de Imóveis. Os irmãos siameses da gestão territorial. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/ 130140158/Cadastro-e-registro-de-imoveis-irmaos-siameses-da-gestao-territorial]. Acesso em: 21.07.2016.
- BANCO MUNDIAL. Avaliação da governança fundiária no Brasil. Relatório 88751-BR. Disponível em: [www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContent Server/WDSP/IB/2015/05/06/090224b0828d739e/1\_0/Rendered/PDF/Avalia00o0da0G00fundi0ria0no0Brasil.pdf]. Acesso em: 21.07.2016.
- GUEDES, Sebastião Neto Ribeiro; REYDON, Bastiaan Philip. Direitos de propriedade da terra rural no Brasil: uma proposta institucionalista para ampliar a governança fundiária. *Revista de Economia e Sociologia Rural*. v. 50, n.3. Brasília. jul.-set., 2012.
- DINIZ, Mônica. Sesmarias e posse de terras: política fundiária para assegurar a colonização brasileira. *Revista Histórica n.* 2. Disponível em: [www.historica. arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia03/]. Acesso em: 21.07.2016.
- RIBEIRO, Luiz Paulo Aliende. Regulação da função pública notarial e de registro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- O estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento, de Sérgio Jacomino *RDI* 77/107-123 (DTR\2014\18610);
- Princípio da territorialidade: estudo sobre a sua relevância no registro (eletrônico) de imóveis, de Marcelo Krug Fachin Torres – RDPriv 69/169-194 (DTR\2016\23060);
- Registro de imóveis eletrônico Recomendação CNJ 9/2013 em discussão, de Sérgio Jacomino *RDI* 75/75 (DTR\2013\10164); e
- Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, de Paulo José Leonesi Maluf – RDI 80/125--142 (DTR\2016\19742).

# SINTER - UM IMPULSO PARA O FUTURO DO CADASTRO NO BRASIL

# SINTER - AN IMPULSE FOR THE FUTURE OF CADASTRE IN BRAZIL

#### Luis Orlando Rotelli Rezende

Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Gerente Nacional do Sinter e Presidente da 5º Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, SP. luis.rezende@rfb.gov.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Análise dos principais obstáculos ao desenvolvimento do cadastro de imóveis no Brasil e as estratégias do Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter) para integrar, coordenar e impulsionar a construção de um mapa parcelário contínuo do território nacional seguindo as recomendações técnicas internacionais sobre cadastro.

Palavras-chave: Cadastro – Territorial – Estratégias – Realidade – Brasileira.

**Abstract:** Analysis of the major obstacles to the development of real estate cadastre in Brazil and strategies of the National Land Information System (Sinter) to integrate, coordinate and promote the construction of a continuous parcel map of the Brazilian territory following recommended international best practices.

**KEYWORDS:** Cadastre – Land – Strategies – Brazilian – Reality.

1. Introdução. 2. Compreendendo os entraves. 2.1. Gestão pública de baixa qualidade. 2.2. Repartição de competências cadastrais extremamente confusa e cultura corporativa. 2.3. Descontinuidade. 2.4. Cultura organizacional avessa à inovação. 2.5. Falta de recursos ou desperdício? 2.6. Ausência de uma Lei Geral de Cadastros. 2.7. Dimensão continental. 2.8. Recursos humanos. 2.9. Trinta, cinquenta ou cem anos? 3. Uma possível solução. 3.1. Resultados expressivos e de curto prazo na arrecadação. 3.2. O Sinter como um integrador de cadastros. 3.3. Facilidade de compartilhamento de informações. 3.4. Diferencial tecnológico. 3.5. Qualidade, disponibilidade e interação de informações. 3.6. Custo operacional baixo. 3.7. Identificador cadastral unívoco para o imóvel. 3.8. Cadastro de imóveis urbanos por aquisição colaborativa de dados. 3.9. Padrão único de interoperabilidade. 3.10. Infraestrutura em nuvem para pequenos Municípios. 3.11. Mecanismo de indução ao valor de mercado. 4. O potencial da gestão territorial. 5. Referências bibliográficas.

# 1. Introdução

No final de 2015, trouxemos ao Brasil especialistas dos cadastros da Alemanha, da França, e da Espanha para analisar o quadro brasileiro e discutir a solu-

ção de cadastro para nossa realidade. Realidade que difere em dimensão do território, em seu arcabouço jurídico e legislativo, na repartição de competências cadastrais, em recursos humanos qualificados para o cadastro, em riqueza, em tradição e na compreensão do meio político do valor de um cadastro, fato que se traduz na fatia orçamentária reservada ao cadastro e na sua continuidade — o desafio de sobreviver aos novos ocupantes do poder a cada nova eleição.

As linhas cardinais do Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter), sediadas em seu marco normativo – o Dec. 8.764/2016 – são fruto desta interação com os especialistas europeus, das recomendações internacionais sobre cadastro contidas no documento sobre a visão de futuro do cadastro produzidas pela Federação Internacional de Geômetras – FIG, das diretrizes do Cadastro Territorial Multifinalitário do Ministério das Cidades, da Comissão Nacional de Cartografia e, no que se aplica à integração do cadastro com o registro, do esforço conjunto que o Irib empreendeu conosco, atuando construtivamente para modelar a norma ao fortalecimento do papel do registrador, dentro da perspectiva transformadora do registro eletrônico.

Os conceitos de parcela, de seu identificador único e de um mapa parcelário contínuo do território nacional, urbano e rural, da importância de um cadastro multifinalitário e não meramente fiscal, das camadas temáticas, da interface com a Infraestrutura Nacional de Dados Espaciais (Inde), da valoração de imóveis e da integração entre cadastro e registro, que permitirá a visualização da situação real e jurídica do imóvel, tão importantes para a regularização fundiária, seguem os preceitos e tendências apontados pela experiência internacional de cadastro.

Sobre o alicerce do conhecimento do cadastro moderno e da experiência histórica acumulada, criamos um conjunto elaborado de estratégias para enfrentar o grande desafio de construir um sistema de gestão territorial no Brasil. E é sobre elas que trata este artigo.

Vamos antes delinear os contornos da situação problema da construção de um cadastro completo do território com as limitações de nossa realidade política, econômica e cultural.

## 2. Compreendendo os entraves

Um quadro das principais mudanças sociais e demográficas e das transformações que vão afetar o futuro do país está no relatório "Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil", de Alves e Cavenaghi (2012). De o primeiro aspecto que chama a atenção é a transição acelerada da população do meio rural para o urbano. Segundo os autores, "O Brasil passou por um

rápido processo de modernização, industrialização e urbanização na segunda metade do século XX. O gráfico 4 mostra que a população urbana cresceu 8,5 vezes enquanto a população rural diminuiu 10% entre 1950 e 2010. Dos 52 milhões de habitantes em 1950, 36% estavam no meio urbano e 64% no meio rural. (...) Em 2010, dos quase 191 milhões de habitantes, 84% estavam no meio urbano e somente 16% no meio rural."

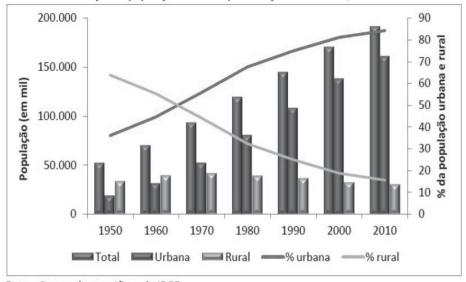


Gráfico 4: Distribuição da população brasileira por situação de domicílio, 1950-2010

Fonte: Censos demográficos do IBGE

Outro dado interessantíssimo deste relatório é que neste mesmo período o crescimento dos domicílios foi maior do que o da população e o das famílias foi maior do que o dos domicílios. Entre 1950 e 2000, o crescimento acumulado da população foi de 267,2% e dos domicílios de 462,8%. Ao mesmo tempo que acontece a transição urbana, observa-se a transição demográfica e a mudança na estrutura familiar – as famílias ficando menores.

"Por outro lado, o crescente número de domicílios aconteceu juntamente com o crescimento do número de cômodos por domicílio, (...) sendo que os domicílios com 5 cômodos ou mais representavam apenas 48% em 1960 e passou para 70% em 2010. Ou seja, os domicílios particulares permanentes ocupados brasileiros aumentaram em muito a disponibilidade de cômodos e diminuíram a quantidade de moradores, sugerindo que aumentou a disponibilidade de espaço por pessoa...", Alves e Cavenaghi (2012).

O referido estudo mostra que "o número médio de pessoas por domicílio caiu de 5,3 pessoas em 1970 para 3,3 pessoas em 2010. Isto se deve à queda da

fecundidade e ao fato de o número de domicílios ter crescido mais rápido do que o ritmo de crescimento da população."

O impacto desse processo de urbanização acelerada no espaço de poucas décadas, sem controle e sem planejamento, reflete-se hoje na completa desorganização dos espaços urbanos, criados para automóveis e não para pessoas, nas zonas de grande adensamento populacional sem infraestrutura, em passeios estreitos, sem arborização, sem ciclovias, na falta de espaços públicos de lazer e esporte, na baixa qualidade das administrações públicas municipais, na violência urbana, no acúmulo de lixo industrializado e na visão do espaço público como algo negativo, violento, sujo e mal cuidado e, consequentemente, na fraca noção de cidadania do brasileiro e na baixa qualidade de nossos políticos.

O Plano Diretor como instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana só foi regulamentado em 2001, cinquenta anos depois do início da grande transição urbana. Mas tampouco alterou o *modus operandi* pois, ainda hoje, bairros inteiros de classe baixa, média ou alta são entregues às construtoras e nascem sem aplicação de conceitos básicos de urbanismo e sem integração com saúde pública, escolas e transporte coletivo.

Neste processo desordenado, estão também as raízes de nosso sistema tributário – entre outros, os impostos municipais sobre imóveis IPTU e ITBI foram criados nesta época – e a confusa repartição de competências cadastrais dividida entre inúmeros órgãos da União, Estados e Municípios. "O auge da urbanização brasileira ocorre nas décadas de 60 e 70 e determina uma nova estrutura sócio espacial que atropela a administração pública com a necessidade de obter dados atualizados para gestão das cidades. A partir deste cenário e também devido à aprovação do Código Tributário (Lei Federal 5.172 de 25.10.1966), que instituiu o imposto sobre a propriedade predial e territorial sob a responsabilidade dos municípios, surgem os primeiros cadastros para fins fiscais." (Figur, R. L., 2011)<sup>2</sup>

Como veremos adiante, essa competência cadastral difusa somada à ausência de padronização (uma lei geral de cadastros), estão entre os principais entraves para a evolução de um cadastro completo de nosso território.

Apesar da necessidade fiscal, os cadastros municipais pouco se desenvolveram neste período. "A ausência de cadastros territoriais e mapeamentos confiáveis é uma das características de grande parte dos municípios brasileiros" (CUNHA e ERBA, 2010).<sup>3</sup> E o retrato mais claro da ausência de cadastros está na distribuição de nossa carga tributária.

Estudo da Coordenação-Geral de Estudos, Previsão e Análise da Receita Federal<sup>4</sup> analisou o fluxo de recursos financeiros recebidos pelo Estado e a distribuição relativa da carga tributária no Brasil em categorias de bases de incidência. O gráfico abaixo resume a situação:



Levando-se em conta apenas a arrecadação de IPTU e ITBI, duas das três principais fontes de receita direta dos municípios, ambos pertencentes à categoria de impostos sobre propriedade, entende-se porque a grande maioria dos municípios têm uma enorme dependência dos repasses da União e não conseguem subsistir com sua própria arrecadação: IPTU e ITBI juntos e mais o ITR, que o município pode optar por fiscalizar e arrecadar, não chegam a 0,6% do PIB. E nos Estados Federativos, o ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos) tem arrecadação irrelevante.

Comparativamente às estatísticas de outros países divulgadas no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a proporção relativa de tributos sobre o patrimônio no Brasil (menor que 2% da carga tributária) está muito abaixo da média internacional, que situa-se entre 8 a 12% da carga tributária.

O problema fiscal dos municípios deveria ser um estímulo ao desenvolvimento do cadastro. De acordo com os dados que levantamos em reunião com

secretários de finanças das capitais e em nossas visitas a municípios brasileiros com cadastros territoriais multifinalitários (CTM), o investimento para se fazer um levantamento aerofotogramétrico completo do município, com perfilamento a laser e a formação do mapa parcelário geralmente se paga no primeiro ano com o aumento de arrecadação de IPTU e ITBI decorrente da mera existência do cadastro, ou seja, sem aumento de alíquota. E essa arrecadação se mantém em um patamar elevado nos anos subsequentes, compensando largamente o investimento em cadastro.

Mas a baixa arrecadação de IPTU, ITBI, ITCMD e ITR, que deveriam funcionar como estímulo – pois há um grande espaço para crescimento – tem efeito contrário: o cadastro de imóveis urbanos e rurais é relegado ao décimo plano nas administrações públicas justamente porque a arrecadação de tributos sobre imóveis é baixa e não compensaria investir nessa linha.

Então, temos aí uma coleção de entraves ao desenvolvimento do cadastro no Brasil que nascem com este processo de urbanização acelerada, mas que paradoxalmente criou a sua necessidade. Os principais obstáculos estão elencados abaixo, em ordem decrescente de importância.

## 2.1. Gestão pública de baixa qualidade

O que um cadastro territorial multifinalitário pode agregar na eficiência da administração pública em todos os setores – tributação, saúde, meio ambiente, infraestrutura, educação, transporte, planejamento urbano e rural, segurança pública – todos olhando para o mesmo mapa, interagindo em múltiplas camadas espaciais, surpassa múltiplas vezes o que ele agrega em termos fiscais e em redução de custos. Deveria ser a primeira providência de um gestor público mais capacitado.

Mas é uma solução estruturante e poucos se interessam por soluções assim. É sempre mais fácil buscar soluções contingentes, de curto prazo, que começam e terminam no prazo de um mandato e gastar com obras vistosas do que investir em soluções complexas como um cadastro. Falta interesse público, sobram interesses particulares e despreparo técnico e administrativo aos gestores políticos.

# 2.2. Repartição de competências cadastrais extremamente confusa e cultura corporativa

Um dos maiores entraves e reflexo da falta de gestão pública é o fato de que as competências de cadastro não estão claramente delimitadas entre os órgãos

de governo. Temos nos diversos órgãos da União mais de 20 cadastros sobre imóveis rurais em funcionamento que não se comunicam entre si. Muitos deles, sob um mesmo ministério. Na área urbana, são 5.561 municípios, cada um com seu cadastro, sem padronização e sem interoperabilidade. O fenômeno se repete na área de patrimônio público: as competências estão divididas entre Incra, Ibama, SPU, Ministério da Defesa, IPHAN, Funai e os Institutos de Terras Estaduais.

Essa confusão ocorre também dentro das administrações públicas municipais. Encontramos casos de prefeituras com vários identificadores para o mesmo imóvel. São cadastros diferentes das secretarias de fazenda, infraestrutura e planejamento urbano, que não se comunicam.

E há uma cultura corporativa dentro dos órgãos que defendem a todo custo o seu cadastro. Isso se torna um grande empecilho ao desenvolvimento. Ninguém quer abrir mão de seu cadastro, ninguém quer perder importância, poucos ousam enxergar além de seu próprio setor com receio de perceber que de repente não são mais necessários. Falta visão de Estado.

#### 2.3. Descontinuidade

Quando surge um gestor público de qualidade que conhece ou é permeável a inovações, ouve seu corpo técnico e estrutura o cadastro no município, prevendo recursos humanos para mantê-lo, o desafio seguinte é o cadastro sobreviver ao seu sucessor, que normalmente atua desmanchando o bom serviço do antecessor, especialmente se são antagonistas na política.

De acordo com Pires e Macedo (2006),<sup>5</sup> "a descontinuidade administrativa é um dos pontos que mais diferenciam a organização pública da privada, conferindo às organizações públicas características específicas, que também podem ser aplicadas à realidade brasileira, como:

- projetos de curto prazo cada governo só privilegia projetos que possa concluir em seu mandato, para ter retorno político;
- duplicação de projetos cada novo governo inicia novos projetos, muitas vezes quase idênticos, reivindicando a autoria para si;
- conflitos de objetivos conflito entre os objetivos do corpo permanente e do não permanente, o que pode gerar pouco empenho em relação aos procedimentos que vão contra interesses corporativos ciência de que a chefia logo será substituída;
- administração amadora administração feita por indivíduos com pouco conhecimento da história e da cultura da organização e, muitas vezes, sem o

preparo técnico necessário — predomínio de critérios políticos em detrimento da capacidade técnica ou administrativa dos nomeados."

## 2.4. Cultura organizacional avessa à inovação

A valorização da hierarquia, o paternalismo nas relações de trabalho e o apego ao poder são inerentes à cultura nas organizações públicas no Brasil. Essa cultura organizacional de natureza conservadora e imobilista, com natural aversão aos empreendedores que lutam para modificar os processos de trabalho e modernizar o aparelho do Estado, coloca obstáculos quase intransponíveis às iniciativas de inovação.

Para Pires e Macedo (2006), "O desenho organizacional público, na realidade brasileira, normalmente é com formas bastante complexas e níveis hierárquicos múltiplos. Essa estrutura demonstra um paternalismo que gera um alto controle de movimentação de pessoal e da distribuição de empregos, cargos e comissões dentro da lógica dos interesses políticos dominantes. Outra característica marcante é que são estruturas altamente estáveis, que resistem de forma generalizada a mudanças de procedimentos e implantação de novas tecnologias. A cultura da interferência política e administrativa vigente pode ser caracterizada como predominantemente regida por um governo de poucas pessoas e patrimonialista e, também, burocrática e corporativa. É esta cultura que orienta a prática de gestão das organizações públicas."

O cadastro não é visto pelos gestores públicos como ferramenta de gestão. Implantar um cadastro multifinalitário, fundir cadastros, compartilhar informações entre órgãos, tudo isso representa uma enorme inovação para os gestores políticos e até mesmo para os técnicos envolvidos na gestão. Entre todas as barreiras, esta talvez seja a mais estável, ou seja, não podemos contar que algum dia isso poderá mudar.

# 2.5. Falta de recursos ou desperdício?

É inegável que a situação brasileira é incomparável aos países europeus, referências em cadastro, que possuem muito mais recursos aplicados na área cadastral e com um território muito menor a gerir.

Mas, muito mais importante do que nossa relativa escassez de recursos econômicos é o desperdício de recursos humanos e financeiros com "n" cadastros sobre o mesmo tema. Se o governo federal concentrasse os recursos financeiros e humanos qualificados que gasta com mais de 20 cadastros ruins de imóveis rurais que não se comunicam, poderia ter um só excelente cadastro rural aces-

sado por todos os órgãos. O mesmo vale para os municípios com múltiplos cadastros.

Em países desenvolvidos, nenhum governo se dá ao luxo de manter 20 cadastros sobre os mesmos imóveis.

#### 2.6. Ausência de uma Lei Geral de Cadastros

Se resolvêssemos a questão da competência cadastral, com uma clara divisão de responsabilidades, esbarraríamos ainda em outro empecilho. A maioria dos países desenvolvidos tem sistemas de gestão territorial regulados por lei federal e controlados pelo poder central. Na Alemanha a competência está nas províncias (estados), mas tem um órgão colegiado para coordenar os trabalhos em nível nacional.

Não temos uma lei geral de cadastros. Pensando apenas nas áreas urbanas, mantendo a competência cadastral ao município (responsável pelos dois principais tributos sobre imóveis) teremos 5.561 municípios sem qualquer coordenação central, sem qualquer norma padronizando o cadastro ou a menos estabelecendo padrões de interoperabilidade.

Nem mesmo na área de cartografia existem normas em nível de resolução aplicável a cadastros urbanos com poder de imperatividade ou exigibilidade.

#### 2.7. Dimensão continental

O Brasil tem 8.516.000 km², quase 24 Alemanhas ou 18 Espanhas. Não há dúvida que a enorme extensão territorial é um desafio de grande porte para um cadastro. Mas a relação de custo e território não é linear. Depende do número de parcelas, que na zona rural é balizada pela concentração fundiária e na área urbana pelo número de domicílios que, como vimos anteriormente, tem uma correlaçãocom o número de famílias.

O cadastro na Alemanha é denso: tem 62 milhões de parcelas, para 82 milhões de habitantes. O Brasil tem 200 milhões de habitantes, mas o número de domicílios é de 67 milhões. Considerando que na área urbana, onde está 84% da população, um imóvel via de regra corresponde a uma parcela, a diferença no número de parcelas não é relativamente tão grande.

Na zona rural, onde está a grande extensão de terras, o número de parcelas é relativamente pequeno em razão da grande concentração fundiária. E na área rural pode-se trabalhar com um nível de resolução de imagens bem mais baixo do que na área urbana, o que reduz o custo no final. Portanto, embora a dimensão não seja um fator desprezível, ela está longe de ser determinante.

#### 2.8. Recursos humanos

Em 1808, Napoleão ordenou um levantamento parcelário completo do território francês, com elaboração de cartas e a instituição de um cadastro tributário. A Prússia, atual Alemanha, fez o mesmo em 1810. Em comparação a esta secular tradição, com gerações de profissionais envolvidos e escolas de cadastro, não temos tradição alguma nesta área. Ainda que isso não seja um fator limitante e possa ser contornado com programas de capacitação, os municípios pequenos teriam dificuldade para contratar e atrair (pelo alto custo) profissionais de TI para gerir um *data center* com um banco de dados espaciais e profissionais da área de cartografia para coordenar e manter o cadastro.

A saída sugerida na Portaria 511/2009, do Ministério das Cidades é a formação de consórcios entre pequenos municípios. Mas se a falta de visão administrativa, o problema da continuidade entre os sucessores, a cultura organizacional engessada e a divisão de competências obscuras já são problemas suficientes para um município, imagina ainda depender de alinhar todos esses fatores e a vontade política nos municípios vizinhos! Embora isso aconteça em alguns locais, não é uma solução autoaplicável.

## 2.9. Trinta, cinquenta ou cem anos?

Diante do panorama de dificuldades apresentado, se esperássemos o processo acontecer naturalmente nos municípios, quanto tempo levaríamos para alcançar um cadastro parcelário de todo o território urbano e rural, em um país sem tradição alguma em cadastro, com a dimensão de um continente, sem uma lei geral de cadastro, com recursos escassos e uma administração pública extremamente ineficiente, burocrática, hierárquica, adversa à inovação, onde os prefeitos desmancham o trabalho dos antecessores apenas para impor seu próprio modelo de gestão, com uma repartição de competências cadastrais confusa e cheia de sobreposições entre os entes públicos, nenhum órgão central coordenando, milhares de gestores públicos nas três esferas de poder que não tem noção do valor de um cadastro multifinalitário ou interesse público em construí-lo?

# 3. Uma possível solução

É nesse cipoal aparentemente impossível que entra o Sinter, mantendo as competências de cada ente público nas três esferas, que continuam a gerir suas informações com autonomia, mas integrando as visões em um único mapa

parcelário, um mapa contínuo de todo o território, sob o mesmo padrão geodésico. As grandes linhas estratégicas estão listadas abaixo:

## 3.1. Resultados expressivos e de curto prazo na arrecadação

O desenvolvimento do Sinter foi arquitetado em 9 módulos autônomos para produzir o máximo de resultados na arrecadação já no primeiro módulo. Para se ter uma noção do impacto, a Dívida Ativa da União soma aproximadamente 1 trilhão e 500 bilhões de reais, com taxa de recuperação ínfima em razão, principalmente, da ausência de lastro por falta de informações do patrimônio do contribuinte e do longo tempo de execução, em média 13 anos, período no qual o contribuinte desfaz-se dos bens ou oculta o patrimônio em nome de interpostas pessoas para burlar o cumprimento das obrigações tributárias.

A cada um ponto percentual de melhora neste perfil de recuperação da dívida, entram 15 bilhões nos cofres do tesouro nacional. A situação da dívida ativa nos Estados e Municípios é semelhante. É um argumento robusto e convincente para impulsionar o cadastro.

Não é preciso dizer o quanto é importante para esse resultado em específico a informação proveniente dos registros. E essa é apenas uma pequena amostra do potencial arrecadatório do Sinter.

O cunho estruturante do projeto e a maneira como foi arquitetado, trazendo benefícios a todos os parceiros envolvidos (um modelo de ganha-ganha) atraiu a atenção do Ministério da Fazenda e do Programa Nacional de Apoio à Modernização Administrativa e Fiscal dos Municípios Brasileiros (PNAFM). Os recursos deste programa são originários do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e podem eventualmente ser utilizados para impulsionar os cadastros municipais, suprindo em parte o problema de recursos financeiros para investimento.

# 3.2. O SINTER como um integrador de cadastros

O Sinter não administra cadastro, ele não entrará na briga. Atuará por fora da confusa repartição de competências entre os órgãos públicos da União, dos Estados e dos Municípios e oferecerá infraestrutura e ferramentas de altíssimo nível para gestão de dados espaciais, construção de camadas, de consultas, de grafos de relacionamento e mineração de dados a todos os entes públicos produtores de informações cadastrais e geoespaciais.

Em um sistema geoespacial de informação como o Sinter, os dados serão armazenados em camadas. Somente quem produz o dado é quem poderá gerir

a camada, o que implica dizer que qualquer operação de inclusão, exclusão ou alteração de dados só poderá ser feita pelo dono daqueles dados.

Dessa forma, o Sinter será um integrador de dados e não um cadastro em si. Tanto as informações cadastrais ou temáticas de imóveis rurais e urbanos provenientes dos municípios, dos estados e dos diversos órgãos da União, como as informações notariais e registrais, nenhuma delas pertencerá ao Sinter.

Em nosso modelo, os dados pertencem a quem os produz. Nosso papel está restrito a integrá-los em um único banco de dados e harmonizá-los para que possam interagir sobre um único mapa, em n-camadas, abrindo um potencial antes inexistente, quando o dado estava aprisionado em seu próprio cadastro, isolado e sem interação com os demais.

## 3.3. Facilidade de compartilhamento de informações

O compartilhamento de informações é essencial a um sistema multifinalitário e integrar múltiplos cadastros existentes sem padronização pode ser uma tarefa espinhosa. Uma interface pública de programação de aplicativos (API) com um dicionário de dados flexibiliza e torna mais ágil esse processo.

Os entes públicos federais, estaduais e municipais terão todas as ferramentas e informações necessárias para integrar não apenas dados, como sistemas ao Sinter. O Sinter também será um nó da Infraestrutura Nacional de Dados Espaciais, consumindo e produzindo informações.

# 3.4. Diferencial tecnológico

Planejamos adotar um modelo híbrido de tecnologia que conseguirá lidar de forma otimizada com grandes volumes de dados (*Big Data*) e ao mesmo tempo fazer processamento de transações em tempo real (OLTP) e análises geoespaciais. Este é um diferencial importante que nenhum órgão público do governo federal tem ainda. E é isto que poderá atrair entes públicos a se integrarem ao Sinter, especialmente em um cenário de escassez de recursos.

É uma escolha entre gastar novamente para desenvolver cada qual seu sistema com tecnologia semelhante e mesma eficiência que terá o Sinter, ou se integrar com custo zero ou muito baixo e obter todos os benefícios.

As ferramentas de visualização gráfica de camadas e de análise e mineração de dados complementarão o pacote.

## 3.5. Qualidade, disponibilidade e interação de informações

A interação entre informações agregadas de fontes diversas sobre imóveis ou território – informações cadastrais, econômicas, fiscais, notariais, registrais, geoespaciais e temáticas (ambientais, de produção etc.) – produzirão um resultado que jamais um ente público com seu cadastro ruim e isolado irá alcançar. Isso se tornará tão evidente que o processo de integração com o Sinter será inevitável.

## 3.6. Custo operacional baixo

O custo operacional baixo é uma premissa do projeto necessária para viabilizar o máximo de integração com órgãos federais, estaduais e municipais com a mínima despesa e assim alcançar resultados eficientes para todos. Um alto custo inviabilizaria todo o conceito multifinalitário do projeto.

Diante disso, estamos prospectando somente softwares livres e uma arquitetura de *hardware* com total escalabilidade, apropriada para tecnologias de *Big Data*.

Devido a sua alta integração com múltiplos órgãos públicos e sistemas, o uso de um *software* proprietário no Sinter, além de elevar o custo com licenças, poderia significar submeter toda a cadeia de integração com os entes públicos aos interesses comerciais de uma ou mais empresas e isso viria frontalmente de encontro ao interesse público.

# 3.7. Identificador cadastral unívoco para o imóvel

Este é um passo simples e extraordinário, que tornará o Sinter uma referência nacional. O Sinter terá tanto um identificador único de parcelas (usado para sistemas), quanto um identificador público de imóveis (que podem conter mais de uma parcela) – o Código Imobiliário Nacional (CIN). Será um código alfanumérico simples. Está para o imóvel como o CPF está para as pessoas e o CNPJ está para as empresas.

Analisando o caso do CPF, que não tem informações biométricas da pessoa e portanto não tem os atributos de um identificador de pessoas, mas ainda assim foi amplamente adotado no Brasil em todos os setores pelo simples fato de ser mais simples de consultar em uma base centralizada, ao contrário dos RG, dispersos em 27 estados, não é difícil prever que o CIN, com todos os atributos de identificação do imóvel, incluindo as coordenadas do polígono e imagem, e a facilidade de uso, será amplamente adotado por bancos, pelo comércio, em-

presas concessionárias de energia elétrica, água e esgoto, telefonia e TV a cabo e pelas próprias pessoas, principalmente na internet.

No futuro, em lugar de digitar seu endereço com rua, número, complemento, bairro, CEP, cidade e UF em uma loja *on-line* na internet, o cidadão poderá digitar apenas algo como HF33.25DC e a loja puxar automaticamente do Sinter o endereço postal daquele imóvel.

# 3.8. Cadastro de imóveis urbanos por aquisição colaborativa de dados

Crowdsourcing ou aquisição coletiva e colaborativa de dados é uma maneira de se obter uma quantidade massiva de informações geoespaciais em um curto espaço de tempo a um custo mínimo (tecnologia usada por inúmeros aplicativos como o sistema de trânsito e navegação Waze).

Ainda que sejam informações de baixa confiabilidade ou precisão, são uma fonte importante de informação até que se tenham dados de precisão e confiabilidade mais alta.

Um dos módulos propostos no desenvolvimento do Sinter prevê, além da criação de um formulário on-line e aplicativos para *smartphone*, uma norma impositiva para todos os proprietários de imóveis urbanos declararem algumas informações cadastrais como endereço, CPF do proprietário e se está registrado ou não e, usando as ferramentas interativas que disponibilizaremos, marcar os vértices do polígono de contorno do imóvel sobre as imagens de satélite adquiridas por órgãos governamentais e disponíveis na Inde. Desta forma, podemos colher as coordenadas do polígono do imóvel no padrão estabelecido pela Concar. Serão apenas de imóveis urbanos e em municípios que não têm cadastro georreferenciado, uma vez que os rurais já estão sendo geolocalizados com alta precisão no Sistema de Gestão Fundiária do Incra (SIGEF).

No espaço de um ano, é possível ter todos ou quase todos os imóveis urbanos do Brasil mapeados (pelos menos aqueles com um mínimo de expressão econômica) a um custo irrelevante.

Ainda que em um nível de resolução e confiabilidade baixo, os dados podem ser progressivamente melhorados, à medida que as prefeituras realizem voos de aerofotogrametria e perfilamento a laser e criem seus mapas parcelários de alta precisão.

# 3.9. Padrão único de interoperabilidade

Enquanto não temos uma lei geral de cadastros, o Sinter atuará estabelecendo um padrão único de interoperabilidade com os cadastros de Estados e Municípios. Esse padrão abrangerá tanto os dados literais como os dados geoespaciais, seguindo as normas da Concar.

A Receita Federal, a quem cabe a administração do Sinter, instituirá um comitê gestor com a participação de estados e municípios, Ministério das Cidades e Concar, que atuará na prática como uma coordenação central atuando pela unidade conceitual e de padrões do CTM desenvolvido pelos municípios.

Todas as definições e padrões de dados serão publicadas no manual operacional. É um laboratório dinâmico que poderá ser a semente para elaboração ou regulamentação de uma futura lei geral de cadastros.

Este serviço destina-se a integrar os municípios que já possuem cadastros georreferenciados ou que optem por construir sua própria infraestrutura.

## 3.10. Infraestrutura em nuvem para pequenos Municípios

O passo seguinte é fornecer infraestrutura para dar apoio ao cadastro em pequenos municípios. Esse verdadeiro "graal" do Sinter está previsto no art. 8.°, § 3.º do Dec. 8.764/2016.

O futuro do Sinter passa pela integração com os municípios. E para acelerar esse processo previmos o fornecimento de infraestrutura em nuvem para os pequenos municípios: espaço em disco, uma robusta capacidade de processamento, uma implementação de referência com *softwares* livres, uma API para criação de extensões e *plug-ins* e informações cadastrais, fiscais, geoespaciais e de valoração para a prefeitura criar o mapa parcelário urbano e rural do município.

Os municípios terão nesta implementação de referência todas as ferramentas de visualização, análise e mineração de dados. Com isso, os pequenos municípios não precisarão comprar equipamentos, construir um *data center* nem contratar profissionais qualificados de TI ou adquirir licenças de *softwares*.

Tudo o que a prefeitura terá que fazer é coletar dados cadastrais e manter o cadastro vivo e, tão logo quanto possível, realizar o levantamento com aerofotogrametria para melhorar a precisão de seu mapa parcelário. A integração do Sinter com mais de cinco mil pequenos municípios que ainda não tem cadastros georreferenciados poderá ser feita desta forma, criando, na prática, um padrão único de cadastro que abrangerá 90% dos municípios brasileiros.

## 3.11. Mecanismo de indução ao valor de mercado

As transações com imóveis são geralmente formalizadas por valores inferiores ao valor real. O congelamento da declaração de bens desde 1991 atua como indutor deste fenômeno combinando o interesse do alienante, de escapar do ganho de capital em boa parte inflacionário, com o do adquirente, que pode lavar recursos não declarados ao fisco sabendo que o alienante não irá declarar o valor real da transação. O dinheiro permanece frio, longe do alcance da tributação.

O Sinter funcionará em uma lógica invertida, atuando como indutor da formalização do mercado.

O primeiro passo é a consolidação de informações fiscais e cadastrais da União, Estados e Municípios com diversas outras fontes de informações de valoração de imóveis.

O segundo passo é o sofisticado mecanismo de contaminação de valor, que está na própria arquitetura do sistema. Com ele, se alguém comprar uma casa ou apartamento financiado, por exemplo, o valor da avaliação do imóvel por profissional habilitado chegará ao Sinter ao mesmo tempo em que chega ao banco. Tal informação do valor do metro quadrado do imóvel urbano será propagada automaticamente para os apartamentos do mesmo prédio ou para as casas do mesmo bairro ou condomínio horizontal, ajustado pelo padrão do imóvel, que é uma informação cadastral.

As sucessivas propagações tenderão a refletir de maneira mais objetiva o valor dos imóveis e causarão um efeito curioso: com uma ferramenta como o Sinter, é possível prever que em algum momento no futuro sob o ponto de vista tributário se torne matematicamente mais vantajoso permitir que o contribuinte possa declarar o imóvel pelo valor de mercado e dessa forma não pagar ganho de capital do que manter a declaração de bens congelada. Dessa forma, se combinaria o interesse da tributação com o interesse dos alienantes.

# 4. O POTENCIAL DA GESTÃO TERRITORIAL

O Sinter será estruturado em camadas. Sobre a representação física do território sobrepor-se-ão camadas gráficas temáticas que permitirão estabelecer critérios de planejamento e gestão territorial, tais como a camada fiscal, fundiária, de valoração de imóveis, de logradouros, de infraestrutura, da rede viária, do zoneamento das áreas de risco, da segurança pública e geoambiental. Cada órgão administrará sua camada de forma independente, mas o governo manterá a

visão de conjunto e, muito mais do que eliminar redundâncias, isso criará uma sinergia de informações, base para soluções de baixo custo e alta eficiência.

Um único exemplo serve para ilustrar a extraordinária sinergia que multiplica centenas de vezes o resultado que se conseguiría com um cadastro isolado: a interação do Sinter com o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea), que estamos planejando.

Por meio desta interação, o Confea utilizará o Sinter como ferramenta de gestão e fiscalização geospacial, criando uma camada de Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs) e Receituários Agronomicos produzidos diariamente pelos profissionais de engenharia e agronomía de todo o país.

Com isso, o Sinter terá dados precisos e localização das obras antes mesmo da informação chegar à Prefeitura e muito tempo antes de chegar ao Registro Imobiliário. Informação valiosa para tributação da União e dos Municipios e para gestão do território.

Com a baixa das ARTs por obras inacabadas, o Ministério do Planejamento e os Tribunais de Contas terão um mapa de obras públicas e privadas inacabadas.

No setor industrial, quando um empresário quer expandir sua planta industrial, antes de investir ou contrair o financiamento é natural que se contrate um projeto de engenharia mecânica, civil, naval, de minas, florestal ou de pesca. Para cada projeto é gerada uma ART. Captando essas informações em tempo real em todo o país têm-se um verdadeiro termômetro da economia, de todos os empreendimentos em expansão.

Por meio dos Receituários Agronômicos é possível fazer o mapa da produção agrícola no país e o monitoramento do uso de defensivos agrícolas: tipo de defensivo, quantidade, tipo de plantação, quantos hectares, onde e quando será utilizado. Essa informação é útil para diversos ministérios: da agricultura, da saúde e para as agências de controle como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Águas.

Este único exemplo é uma pequena fração do potencial do Sinter como ferramenta de gestão pública e como fator de impulso ao cadastro no Brasil.

# 5. Referências bibliográficas

ALVES, J. E. D.; CAVENAGHI, S. M. *Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil*. Artigo publicado no dia 25.08.2012 em Aparte Inclusão Social em Debate. Disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/aparte/].

- CUNHA, E. M. P.; ERBA, D. A. (Org.) Manual de Apoio CTM: Diretrizes para a criação, instituição e atualização do cadastro territorial multifinalitário nos municípios brasileiros. Brasília: Ministério das Cidades, 2010.
- FIGUR, R. L. Análise comparativa entre o sistema cadastral da Alemanha e as diretrizes para o cadastro territorial multifinalitário brasileiro. Dissertação no PPGEC, UFSC, Florianópolis, 2011.
- PIRES, J.C.S.; MACEDO, K. B. Cultura organizacional em organizações públicas no Brasil. Revista Administração Pública, vol. 40, n. 1 Rio de Janeiro jan.-fev. 2006.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga Tributária no Brasil 2014 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: [http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014].

## PESQUISAS DO EDITORIAL

## Veja também Doutrina

- Aspectos técnicos do cadastro e limites imobiliários, de Andrea F. T. Carneiro e Rejane Maria Luna RDI 59/46-60 e Doutrinas Essenciais de Direito Registral 6/179-195 (DTR\2005\894); e
- Registro da propriedade e bases gráficas, de Enrique Rajoy Brey *RDI* 57/282-308 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/527-556 (DTR\2004\418).

# REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS, CADASTROS E SINTER: INTERCONEXÃO SEM SUBMISSÃO

ELECTRONIC LAND PROPERTY REGISTRY, PUBLIC RECORDS AND SINTER: INTERCONNECTION WITHOUT SUBMISSION

#### RAFAFI RICARDO GRUBER

Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes e em Direito Civil pela Universidade Gama Filho. É oficial de registro de imóveis, títulos e documentos e civil da pessoa jurídica em São Caetano do Sul-SP. rrgruber@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Resumo: Este trabalho analisa o registro eletrônico de imóveis, o conceito de cadastro e a nova ferramenta criada por decreto do Poder Executivo Federal denominado SINTER. O trabalho aponta para divergências entre normas oriundas do Poder Judiciário em contraposição com normas editadas pelo Governo Federal, e conclui que as emanadas do Judiciário devem prevalecer. Aponta, também, caminhos para viabilizar os objetivos pretendidos pelo SIN-TER. em benefício do desenvolvimento e do atendimento de interesses públicos primários, sem ferir ou fragilizar a segurança jurídica e a confiabilidade dos registros públicos. Aborda, ainda, desafios tecnológicos da atual fase de implantação do registro eletrônico, e alerta para a inviabilidade material e operacional de se produzir dados nato digitais estruturados de registros antigos.

PALAVRAS-CHAVE: Registro eletrônico de imóveis - Cadastros - SINTER - Regulamentação de registros públicos - Avanços tecnológicos dos registros de imóveis.

**Abstract:** This paper analyzes the Electronic Land Property Registry, the concept of Public Records and the new management tool created by Federal Government named SINTER. The study points to differences between rules created by the Judiciary and rules issued by the Federal Executive Government, and concludes that those rules issued by the Judiciary shall prevail. It still suggests ways to enable the desired objectives expected with SINTER, in favor of the development and focus on primary public interest, without harm or undermine legal certainty and reliability of Land Property Registry. It also analyses technological challenges of the current phase of the Electronic Registry implementation, and alerts to the material and operational impracticability of producing digital nato structured data from old registries.

**Keywords:** Electronic land property registry – Public records – SINTER – Public registry regulation – Land registry technological advances.

Sumário: 1. Introdução. 2. Distinção básica inicial: cadastro *versus* registro *versus* SINTER. 3. Registro eletrônico de imóveis. 3.1. Reinvenção do registro ou apenas uma mudança na forma de escrituração e adequação tecnológica? 3.2. Fundamentos legais e normativos do registro eletrônico de imóveis e competência normativa. 3.3. O que é e o que poderá ser: perspectivas dos usuários e do registrador. 4. SINTER. 4.1. Importância do "Registro eletrônico" para sua implementação . 4.2. Fundamentos legais e normativos, e análise do conteúdo que exorbita o poder regulamentar do Poder Executivo. 4.3. Inexistência de subordinação dos registros (e dos registradores) à Receita Federal e ao SINTER. 5. Análise da oportunidade e conveniência de cooperação para o desenvolvimento: perspectiva do cidadão/administrado *versus* perspectiva do governo/administrador. 6. Eventual base de dados paralela: limitações, efeitos, especialidade objetiva e inviabilidade de conversão de dados pretéritos em dados nato digitais estruturados. 7. Considerações finais.

## 1. Introdução

A introdução da expressão Registro Eletrônico de Imóveis, na última década, em uma lei bastante sintética sobre o tema, trouxe ao universo jurídico e ao da administração pública diferentes perspectivas do que viria (e virá) a ser o Registro Eletrônico de Imóveis.

O Poder Judiciário, órgão competente para normatizar a questão, debruçouses sobre o tema de forma técnica e profunda, e grandes avanços do Registro Eletrônico de Imóveis já são percebidos e já são usufruídos pelos usuários dos serviços de registros de imóveis no Brasil, sejam eles particulares ou órgãos da administração pública e Poder Judiciário.

Mas esta realidade tecnológica, já tão bem percebida pelos usuários, não transformou, ainda, o processo de registro dentro das serventias. O registro de imóveis ainda é feito no suporte papel, tudo na forma da já conhecida e consolidada Lei 6.015/73. A inovação tecnológica e as ferramentas necessárias para a feitura de registros nato digitais com a segurança jurídica adequada (e segurança técnica-operacional) continuam sendo desenvolvidas e testadas, e só serão oportunamente validadas, tudo pelo Poder Judiciário.

Em paralelo aos esforços de registradores e do Poder Judiciário para implantação do Registro Eletrônico, o Poder Executivo Federal, recentemente, editou um Decreto empoderando a Receita Federal do Brasil para gerenciar o então instituído SINTER – Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais. O SINTER, além de pretender agregar dados meramente cadastrais (de diversos órgãos públicos e de diversas fontes), pretende também agrupar dados das situações jurídicas dos imóveis, obtido pelo fisco (como gerente do SINTER) diretamente junto aos registros de imóveis. O Decreto 8.764 de 2016 deu as premissas do que virá a ser o SINTER, na visão inicial do Poder Executivo

Federal, misturando assuntos de gestão pública e de gestão espacial com assuntos de situação jurídica dos imóveis.

Neste artigo serão abordadas, inicialmente, as distinções básicas entre cadastro, registro e SINTER. A seguir, será analisado o Registro Eletrônico, seus fundamentos, seu estágio atual de implantação e o caminho que ainda será percorrido na sua total implantação. Será analisado o decreto do SINTER e serão identificados pontos em que este entra em conflito com as normas já anteriormente expedidas pelo Poder Judiciário na regulamentação do registro eletrônico. Na sequência, é feita uma breve análise sobre a oportunidade e conveniência (ou não) de se coordenar (por convênio ou outro mecanismo) a interconexão do registro de imóveis com o SINTER, analisando a importância da gestão espacial para o desenvolvimento, apontando os requisitos e limites para que a interconexão entre o registro de imóveis e o SINTER esteja de acordo com o ordenamento, buscando o equilíbrio entre a segurança jurídica dos registros e a pretensão de construção de ferramentas de gestão pública. Aponta, ainda, para as principais questões a serem enfrentadas na eventual hipótese de existência de um banco de dados com informações de registro de imóveis no SINTER, e as limitações jurídicas e operacionais de tal possibilidade, enfrentando, também, a impossibilidade operacional de criação de dados nato digitais estruturados para registros pretéritos.

# 2. DISTINÇÃO BÁSICA INICIAL: CADASTRO VERSUS REGISTRO VERSUS SINTER

Antes de se aprofundar na análise do tema, é importante se fazer uma distinção básica inicial sobre os conceitos de cadastro e de registro, correlacionando-os com o conceito do SINTER.

O cadastro é um conjunto de dados coletados, mantidos e gerenciados por quem neles tenha interesse. No Brasil, há diversos cadastros imobiliários (ou territoriais) mantidos por diversos órgãos de governo com finalidades distintas. Diversos dispositivos legais criam mecanismos para permitir aos interessados a coleta ou o acesso às informações necessárias para seu propósito, como o cadastro no INCRA, o cadastro em departamento fiscal em prefeituras, o cadastro em departamento de obras em prefeituras, o Cadastro Ambiental Rural em órgãos ambientais estaduais, o cadastro do patrimônio da União na Secretaria do Patrimônio da União, dentre outros. A finalidade de cada cadastro é servir ao seu titular (órgão público responsável), embasando a tomada de decisões e a prática de atos administrativos de sua competência.

É fato que muitos destes cadastros podem ter por objeto os mesmos imóveis, as mesmas parcelas territoriais e podem possuir dados semelhantes e du-

plicados. Nem por isso cada um deixa de exercer seu papel e seu controle dentro de suas atribuições. O objetivo e o tipo de dados que constam em cada cadastro são diversos, e se prestam a suprir os interesses do detentor de cada cadastro. Em regra, o cadastro é composto por informações coletadas *ex officio*, por servidores do órgão competente, ou por meio de declaração e documentos apresentados por terceiros, espontaneamente ou por obrigação legal.

O registro não se confunde com o(s) cadastro(s) envolvendo imóveis. O registro é organizado em favor da coletividade, e não de um determinado interessado ou da administração pública. Enquanto, por exemplo, o CCIR serve ao INCRA, e a declaração de ITR serve à Receita Federal do Brasil, o registro de imóveis serve à toda a coletividade. Os registros públicos compõem um sistema especial de publicidade, organizada e precedida de qualificação jurídica por profissional de direito. Os registros de imóveis dão publicidade da situação jurídica de cada bem imóvel do território nacional, trazendo segurança e publicidade aos direitos reais sobre imóveis, seus titulares e demais situações jurídicas relevantes sobre os imóveis.

#### Em suma:

- a) o registro tem sua importância ligada ao controle jurídico dos direitos inscritos, em benefício de toda a coletividade, ao passo que os diversos cadastros territoriais se prestam aos interesses de órgãos específicos da administração pública;
  - b) o registro é atividade jurídica, o cadastro é atividade técnica;
- c) enquanto o registro visa à segurança jurídica dos direitos reais inscritos e das transações imobiliárias, o cadastro se presta apenas a dar elementos para a atuação do órgão público que o mantém (como lançamento de tributos, controle urbanístico de ocupação do solo, controle de cumprimento de obrigações ambientais etc.);
- d) enquanto o cadastro é mantido por órgãos da administração pública em benefício do próprio governo, o registro é mantido por juristas em regime e função especial controlada pelo Poder Judiciário em benefício dos proprietários, demais titulares de direito e em benefício de toda a sociedade;
- e) enquanto o cadastro se alimenta de informações de qualquer origem, o registro publiciza direitos após qualificação jurídica dos títulos apresentados;
- f) enquanto o cadastro não gera efeitos jurídicos oponíveis contra terceiros, o registro gera publicidade organizada, gerando cognoscibilidade e oponibilidade *erga omnes*, protegendo interesses dos titulares e propiciando segurança ao tráfego negocial imobiliário.

Logo, se percebe que, embora ambos (cadastros e registro) possam ter como elemento um imóvel, as atividades, informações, qualificação, objeto e efeitos são muito diferentes. O registro não poderia absorver as funções dos cadastros, assim como os cadastros não poderiam absorver as funções do registro.

Por exemplo: não é porque a Reserva Legal é averbada na matrícula do imóvel rural que se poderia sugerir que o registro de imóveis substituísse as instituições ambientais, mantidas por cada unidade da federação. Da mesma forma, não se poderia sugerir, com seriedade, que um certo ente cadastral (Receita Federal ou Prefeitura, por exemplo) assumisse o papel das instituições registrais, fazendo as vezes dos oficiais de registro na qualificação dos títulos (notariais, particulares ou judiciais) apresentados para registro, ou tentando substituir os juízes corregedores na fiscalização e julgamento das questões registrais, dentre outras.

O cadastro e o registro são, portanto, conceitos fortemente distintos. Apesar disso, a interconexão entre o registro e o(s) cadastro(s) é desejável. O interesse em constituir um diálogo entre registro e cadastro não é novo em nossa sociedade e em nosso Direito. No âmbito dos imóveis rurais, por exemplo, a Lei 10.267/2001 alterou a Lei 4.947/1966 para obrigar os registros de imóveis a encaminhar ao INCRA informações sobre situações jurídicas de imóveis rurais. Esta primeira interconexão cadastro-registro, (art. 22 § 7.º da Lei 4.947/1966) obriga os serviços de Registro de Imóveis a encaminharem ao INCRA, mensalmente, as modificações ocorridas nas matrículas imobiliárias decorrentes de mudanças de titularidade, parcelamento, desmembramento, loteamento, remembramento, retificação de área, reserva legal e particular do patrimônio natural e outras limitações e restrições de caráter ambiental, envolvendo os imóveis rurais, inclusive os destacados do patrimônio público. Isso visa integrar o cadastro do SNCR do INCRA (CCIR) ao registro de imóveis. Da mesma forma, o § 8.º do mesmo artigo determina que o INCRA deve enviar ao Registro de Imóveis os números do CCIR, para averbação ex officio nas matrículas.

Esta primeira interconexão cadastro-registro, criada em 2001 no Brasil, demonstra a importância dos dados constantes no registro de imóveis para os controles de órgãos da administração pública.

Em 2009, a Lei 11.977 positivou o que viria (ou virá) a ser o Registro Eletrônico de Imóveis, e previu que os registros de imóveis se organizariam para, em cinco anos a contar da vigência da lei, oferecer o registro eletrônico. A mesma lei dispunha que, a partir da vigência do Registro Eletrônico, os registros públicos disponibilizariam ao Poder Executivo, sem ônus e por meio eletrônico, acesso às informações constantes em seus bancos de dados, con-

forme regulamento. Em 2015, a lei 13.097 adicionou o Poder Judiciário como destinatário de tais informações.

Feita esta distinção básica entre cadastro e registro, e apresentado o conceito de interconexão, passa-se à correlação destes conceitos com o novo conceito do SINTER – Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais.

O SINTER, conforme caracterizado no art. 1.º do Decreto 8.764/2016, é uma "ferramenta de gestão pública que integrará, em um banco de dados espaciais, o fluxo dinâmico de dados jurídicos produzidos pelos serviços de registros públicos ao fluxo de dados fiscais, cadastrais e geoespaciais de imóveis urbanos e rurais produzidos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios."

O Decreto, acertadamente, diferencia as informações constantes em cada "fonte" participante do SINTER. Especifica que os dados jurídicos são produzidos pelos registros públicos (como não poderia deixar de ser), e que os dados fiscais, cadastrais e geoespaciais podem ser produzidos pelos entes federativos.

O sistema imaginado pela Secretaria da Receita Federal, e positivado como norma pela Presidência da República se consubstancia, basicamente, em formar um grande banco de dados, que contenha informações jurídicas de todos os atos de registro de imóveis praticados no Brasil (fornecidos pelos Registros de Imóveis) em uma camada; outras camadas devem conter outras informações cadastrais, geoespaciais e fiscais, compondo diversas camadas temáticas que possam ser consultadas e entabuladas, conjuntamente, por agentes públicos, conforme suas competências e interesses.

Mas o SINTER, então, seria registro, cadastro ou outra espécie? Ele vai produzir mudanças substanciais para os demais órgãos de cadastro ou para as instituições de registros públicos?

Após esta conceituação inicial, passa-se ao aprofundamento do tema em análise, buscando a resposta para tais questões.

### 3. Registro eletrônico de imóveis

3.1. Reinvenção do registro ou apenas uma mudança na forma de escrituração e adequação tecnológica?

Em palestra proferida no 1.º Seminário Nacional de Registro Eletrônico de Imóveis, realizado em setembro de 2015 em São Paulo – SP, o ilustre Desembargador do TJ-SP Dr. Ricardo Dip levantou uma questão interessante, que se

refere ao porquê de tamanha ênfase que tem sido dada ao termo "Registro Eletrônico". O palestrante lembrou que, quando houve a mudança do regime de escrituração das transcrições para o sistema de matrícula, não se deu tamanha ênfase ao então "novo registro de matrícula de imóveis".

É fato: o registro de imóveis não se transformou em um novo registro após a mudança da forma de escrituração então vigente pelo Decreto 4.857/39, que era baseada em transcrição de títulos, para a então nova sistemática de escrituração baseada na matrícula introduzida pela Lei 6.015/73. Naquela ocasião, só ocorreram mudanças na forma de escrituração. Não ocorreram mudanças relevantes na natureza do registro de imóveis: a juridicidade da função, a forma de se qualificar títulos, o sistema de fiscalização pelo Judiciário, a publicidade e a eficácia dos registros, enfim, nada relevante sobre a essência dos Registros Públicos foi modificado.

Com a então vigência da Lei 6.015/73, a nova forma de escrituração em matrícula e a unicidade matricial modificaram a operação das informações internamente na serventia, e também permitiram aos usuários (e interessados nas informações sobre os imóveis) mais facilidade na interpretação da situação jurídica de cada bem, ao concentrar todos os dados em uma única matrícula. Criou-se ainda, naquela ocasião, uma regra de transição em que os antigos livros de transcrição, ainda hoje, contêm situações jurídicas válidas. Os distintos sistemas coexistem até a presente data, sem previsão para extinção total dos antigos livros escriturados na forma do Decreto 4.857/39.

E agora que a forma de escrituração passará a se basear em processamento eletrônico (que os novos registros poderão vir a sair do suporte em papel para um registro nato digital), o que está se fazendo, novamente, é uma simples adequação tecnológica na forma de escrituração no registro de imóveis. Não se está reinventando o registro. A função do registrador continuará jurídica e com a mesma relevância social que sempre teve.

Com o "Registro Eletrônico" apenas se acrescenta uma nova ferramenta: a tecnologia. Ao invés de canetas ou máquinas de escrever, com registros impressos em papel (livros físicos), a ferramenta passa a ser o computador, com o registro sendo salvo em forma nato digital, e arquivado eletronicamente em banco de dados especialmente estruturados para tal fim (Livros eletrônicos). Mas a qualificação dos títulos pelo oficial, a fiscalização e possível requalificação de títulos pelo juízo corregedor, e também a segurança jurídica que se espera dos registros de imóveis permanecem inalteradas.

Assim como a introdução do sistema de escrituração baseado na matrícula do imóvel trouxe transformações importantes na forma de se proceder inter-

namente nas serventias na década de 1970, agora, também, o Registro Eletrônico de Imóveis trará modificações no *modus operandi* dos registros públicos. E desta vez, além da mudança interna na forma de escrituração, há mudança externa na forma de comunicação e tramitação de dados e títulos entre os usuários (cidadãos em geral, órgãos do Poder Judiciário e outros órgãos públicos) e os registros de imóveis.

# 3.2. Fundamentos legais e normativos do registro eletrônico de imóveis e competência normativa

Se a Lei 6.015/1973 foi exauriente ao tratar sobre a então nova forma de escrituração, a Lei 11.977/2009 tratou sobre a nova sistemática de escrituração em menos de 10 artigos da lei.

De forma extremamente sintética, a lei em sentido estrito apenas previu: a) que os próprios serviços de registro públicos instituiriam sistema de registro eletrônico, conforme regulamento; b) que deveriam ser observados os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas do Brasil (ICP-Brasil) e arquitetura E-Ping (Padrão de Interoperabilidade de Governo Eletrônico); c) que os serviços de registros públicos devem dispor de ferramentas para recepção de títulos e expedição de certidões por meio eletrônico; d) que os atos praticados na vigência da Lei 6.015/1973 deveriam ser inseridos no sistema de registro eletrônico em 5 anos a partir da vigência da lei; e) que os atos anteriores a Lei 6.015/1973 deveriam ser inseridos no sistema de registro eletrônico, sem prazo definido na lei; e) que o regulamento deveria definir os requisitos das cópias de segurança dos livros escriturados de forma eletrônica e dos demais documentos; f) que é concedido ao Poder Executivo Federal e Poder Judiciário acesso às informações constantes nos bancos de dados dos registros públicos, sem custo, conforme regulamento; g) que o descumprimento da obrigação de dar acesso às informações dos bancos de dados podem levar a punições aos oficiais de registro, na forma e no regime da Lei 8.935/1994; h) que o regulamento definiria as condições e as etapas mínimas, bem como os prazos a serem observados pelas serventias de registros públicos para a implementação do sistema de registro eletrônico.

Neste cenário, o primeiro ato normativo de âmbito nacional para o registro de imóveis foi a Recomendação 14 de 2014 do CNJ, que recomendou às Corregedorias Estaduais que, na regulamentação de sistema de registro eletrônico de imóveis, fossem observados os "parâmetros e requisitos constantes do modelo de sistema digital para implantação de Sistemas de Registro de Imóveis Eletrô-

nico – S–REI elaborado pela Associação do Laboratório de Sistemas Integráveis Tecnológicos – LSI–TEC em cumprimento ao contrato CNJ 01/2011."

Este é o documento que organiza, inicialmente, os requisitos técnicos do Registro Eletrônico.

Em 06/2015 foi publicado o Provimento 47 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou diretrizes gerais do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis. Este Provimento, dentre outras questões, especificou:

- a) que a forma de troca de informações entre os registros de imóveis e os órgãos da administração pública, Judiciário e Público em geral se daria por meio das centrais estaduais de serviços eletrônicos;
- b) que os oficiais de registro de imóveis devem manter, em segurança e sob seu exclusivo controle, os livros, classificadores, documentos e dados eletrônicos;
- c) que é proibido aos oficiais postarem informações em sites que não sejam os da respectiva central estadual;
- d) que apesar de se processarem eletronicamente as informações, continua obrigatória a manutenção da escrituração na forma da Lei 6.015/1973, com impressão em livros físicos (art. 6.º Provimento CNJ 47/2015).

O Poder Executivo Federal, por sua vez, entrou na questão e editou norma regulamentar para parte das disposições sobre registro eletrônico (art. 41 da Lei 11.977/2009) por meio do decreto que instituiu o SINTER (Dec. 8.764 de 10.05.2016). O conteúdo deste Decreto (e competência ou não do Poder Executivo Federal para tanto) será aprofundado no item 4, adiante, neste trabalho.

Mas a questão é: a quem compete, afinal, normatizar o registro eletrônico e a prestação de informações pelos registros de imóveis: ao Judiciário ou ao Executivo Federal? Se houver divergência entre as normas fixadas pelo Judiciário e as fixadas pelo Executivo, qual haveria de prevalecer?

Esta questão é muito relevante pois, como já dito, a lei em sentido formal deixou para o poder normativo a especificação do que é e como se operacionalizará o registro eletrônico.

Em ambas as normas do CNJ mencionadas, em seus preâmbulos, fica clara a competência regulamentar e normativa das atividades de registros públicos: cabem ao Poder Judiciário, e não ao Poder Executivo, conforme regra esculpida no art. 103–B, § 4.°, I e III, e art. 236, § 1.°, ambos da Constituição Federal, e nesta competência é atribuição do Conselho Nacional de Justiça expedir atos normativos e recomendações destinadas ao aperfeiçoamento das atividades

dos serviços notariais e de registro (art. 8.°, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça).

Além de se perceber pela norma constitucional e Regimento Interno do CNJ que a competência é do Poder Judiciário, pela própria lógica do sistema e repartição de poderes e funções na República, percebe-se que normatizar questões de registros públicos não é competência do Executivo Federal.

A Lei 11.977/2009, no parágrafo único do art. 41, também indica que a competência normativa e de fiscalização é do Judiciário. Isso é evidenciado pela regra constante na lei mencionada que estabelece, em caso de descumprimento da prestação de informações pelo registrador, que a sanção não é multa aplicada pelo poder executivo, mas aplicação de penalidade pelo Juiz Corregedor, conforme o caso, na forma da Lei 8.935/1994. E tal dispositivo legal se amolda perfeitamente à Constituição. O contrário – eventual tentativa do legislador em delegar ao Executivo a fiscalização ou normatização dos serviços públicos – seria inconstitucional.

A competência para normatizar atos de registro eletrônico, com fundamento na Constituição e na Lei 11.977/2009 é, portanto, do Poder Judiciário.

# 3.3. O que é e o que poderá ser: perspectivas dos usuários e do registrador

Neste momento, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis já se encontra em fase de operação, ao menos de forma parcial. Já está em vigor a obrigatoriedade de funcionamento das centrais estaduais de registradores, que deve disponibilizar aos usuários serviços online como: a) pedido de certidão online com recebimento da certidão digital também de forma online; b) protocolo eletrônico para apresentação de títulos digitais para registro de forma online, em que o usuário também recebe o resultado do registro de forma online; c) Ofício eletrônico, para que os Juízos possam fazer busca online e em tempo real sobre a existência de bens imóveis em nome de determinada pessoa (por CPF); d) Penhora online, para que os Juízos possam expedir via eletrônica o requerimento de averbação de penhora; e) Central Nacional de Indisponibilidade, para que as ordens de indisponibilidade, determinadas por autoridades judiciais ou administrativas, sejam centralizadas nesta central, distribuídas e consultadas por todos os oficiais de registro de imóveis e tabeliães de notas do Brasil. Alguns estados, conforme a configuração da Central de Serviços Compartilhados, oferecem ainda serviços de: f) Matrícula Online, para que o usuário possa visualizar a matrícula, online e em tempo real, sem valor de certidão; g) Pesquisa eletrônica, para que qualquer usuário possa buscar imóveis que estejam registrados em favor de determinada pessoa (por nome ou CPF);

h) Acompanhamento Registral *Online*, para que o usuário que ingressou com título para registro (por meio eletrônico ou físico) possa acompanhar a evolução e tramitação do registro na serventia competente; i) Monitor registral, para que qualquer usuário possa monitorar e ser avisado em caso de alterações ou prática de qualquer ato de registro ou averbação na(s) matrícula(s) selecionada(s); j) Módulo de Correição *Online*, que permite ao Juiz Corregedor ou Corregedoria Geral da Justiça acompanhar o andamento e ser informada sobre eventuais falhas de oficiais na prestação eficiente do serviço por intermédio das Centrais; k) Cadastro de Regularização Fundiária Urbana; l) Cadastro de Regularização Fundiária Rural.

Mas, apesar de já existir este canal amplo de comunicação e tráfego de informações entre registro de imóveis e usuários (cidadãos em geral, Poder Judiciário e órgãos da administração pública), internamente o registro continua sendo escriturado na forma da Lei 6.015/1973. Persiste, na prática, o registro em suporte papel. Em casos isolados, como no caso das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, os Livros indicadores real e pessoal (Livros 4 e 5 do Registro de Imóveis) puderam ser totalmente substituídos exclusivamente por banco de dados relacional (eletrônico, nato digital estruturado), dispensando-se a manutenção dos livros ou fichas em meio físico.

O arquivamento de documentos, quando obrigatório, também continua sendo realizado de forma física (em papel), ou ainda tem sido permitida sua substituição por microfilmagem. Mas o Provimento 50/2015 do CNJ, que tratou sobre a tabela de temporalidade de gestão documental, bem como o provimento que tratou das demais normas de regulamentação do Registro Eletrônico, não autorizaram o descarte de guarda em meio físico de documentos. Vale mencionar que a microfilmagem, permitida pela legislação, não é novidade e não é inovação do Registro Eletrônico. Ao contrário: trata-se de processo antigo com alto custo de reprodução e de manutenção.

Apesar de o Provimento CNJ 47/2015 ter feito referências ao padrão de digitalização do CONARQ, o provimento não autorizou a substituição de documentos físicos por documentos digitalizados. No Estado de São Paulo, as normas da Corregedoria autorizam, em tese, a substituição do arquivamento físico por digitalização, mas na prática tal norma ainda é inaplicável por falta de tecnologia suficiente: as normas exigem Certificado Digital de Atributo de Tempo e, também, Certificado Digital de Arquivamento. Tais tecnologias ainda não estão disponíveis e, desta forma, ainda não é possível o abandono de arquivamento de documentos em suporte papel ou microfilme.

Hoje, portanto, o registro eletrônico ainda não funciona de forma totalmente eletrônica. Pode-se visualizá-lo como uma nova ferramenta sendo implementada aos poucos, sem abandonar a segurança e a experiência do registro em meio físico, tudo na forma da Lei 6.015/1973.

No futuro, provavelmente, se as experiências com o registro nato digital evoluírem e se mostrarem eficientes, é possível que haja o abandono dos suportes em papel no registro de imóveis para novos atos de registro, bem como a adoção de um sistema de escrituração e arquivamento totalmente digital. Mas isso, agora não é e, no curto prazo não será realidade possível.

Apesar de, como dito, o Registro Eletrônico ainda não ter avançado para um novo estágio tecnológico (uma vez que o registro ainda se baseia fortemente no suporte papel), é fato que há diferentes percepções sobre este fenômeno da inovação tecnológica na perspectiva dos usuários e na perspectiva dos registradores e da doutrina e prática registral.

Aos olhos dos usuários em uso pessoal, o registro de imóveis brasileiro já se encontra altamente informatizado. Isso porque, o usuário hoje consegue obter os principais serviços de registro de imóveis sem sair de casa, utilizando-se apenas de seu computador ou outro dispositivo conectado na internet. Assim, na perspectiva do usuário em uso pessoal, o Registro Eletrônico já é uma feliz e útil realidade.

Na perspectiva do usuário Poder Judiciário, da mesma forma, o Registro Eletrônico de Imóveis já contabiliza milhões de operações. As principais ferramentas já em operação com alto volume são: pesquisa de bens imóveis (ofício eletrônico), penhora *online* e central de indisponibilidade. Para o Poder Judiciário, portanto, o sistema de registro eletrônico de imóveis também tem se mostrado eficiente e operacional.

Tanto os usuários em uso pessoal como os usuários do Poder Judiciário se satisfazem com o tráfego e a consulta de informações utilizando-se das Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados, na forma estabelecida pela normatização do Conselho Nacional de Justiça.

Já na perspectiva do usuário Poder Executivo Federal, percebe-se distância entre o que é pretendido pelo usuário (governo federal) e o atual funciona-

<sup>1.</sup> Segundo dados divulgados pela ARISP no site [www.oficioeletronico.com.br], com acesso em 28.08.2016, já são mais de 500.000.000 de pesquisa de bens imóveis realizadas pela Central, gerando economia pela substituição de ofícios em papel pela simples consulta de forma centralizada na central de registradores, bem como eficiência ao Poder Judiciário, tendo em vista a rápida resposta online.

mento do registro eletrônico. O Executivo Federal, como se verá em tópico a seguir, pretende instituir um banco de dados para a ferramenta denominada SINTER, em que as informações dos registros de imóveis são tratadas como elemento importante para a gestão fiscal e para gestão de informações territoriais. O governo federal não quer se utilizar dos canais criados pelas centrais estaduais de registradores, mas deseja criar um outro canal direto entre registradores de imóveis e o próprio governo federal. Aqui, portanto, a lacuna é maior. E cabe a reflexão se a pretensão do executivo federal – exposta em Decreto do Poder Executivo – encontra amparo legal. Isso será estudado adiante neste trabalho.

Na perspectiva do registrador de imóveis, o Registro Eletrônico trouxe, por enquanto, mais mudanças nos canais de acesso dos usuários aos serviços do que propriamente mudança na forma de se realizar o trabalho internamente nas serventias. O uso de computador para facilitar a digitação dos dados e imprimir nas fichas de matrículas já precede, de longa data, a lei sobre registros eletrônicos na maior parte das serventias do Brasil.

Atualmente, os registradores estão atentos às solicitações de serviços e apresentação de títulos que chegam à serventia por meio eletrônico. Portanto, é certo que hoje se criou outra porta de entrada no registro de imóveis: ao lado dos serviços prestados de forma direta e pessoal em cada serventia, hoje títulos chegam ao cartório por meio das Centrais Eletrônicas. Indiferente de qual seja o canal de acesso, todos os títulos são prenotados no mesmo Livro de Protocolo (livro 1, conforme a Lei 6.015/1973) e seguem o mesmo processo de registro. Esta questão dos diferentes canais de acesso já está consolidada no registro de imóveis.

A questão enfrentada hoje, ainda pendente de implementação uniforme e consolidada, que ainda exige esforços por parte das instituições registrais (registradores, associações de registradores, corregedorias, desenvolvedores de *softwares* utilizados pelas serventias, etc.) é a questão do desenvolvimento de tecnologias e posterior adaptação dos *softwares*, bem como a implementação de banco de dados estruturado na forma prevista na Recomendação 14 de 2014 do CNJ.

Dentro da documentação que é parte da Recomendação 14 de 2014 do CNJ há um documento denominado "Projeto SREI: PA 1.9.5 – Requisitos para Software SREI". Este documento apresenta uma série de requisitos a serem cumpridos pelos softwares que serão utilizados pelos registros de imóveis. Dentre estes requisitos consta, por exemplo, certificado de carimbo de tempo e certificado de atributo, padrão ICP-Brasil. Tais tecnologias ainda não estão disponíveis. Também a norma do CNJ prevê que os softwares passarão por processo de

certificação, o que também ainda não está normatizado. Isso, por hora, impede a total operacionalização do que virá a ser o Registro Eletrônico de Imóveis.

Mas tal aparente atraso não é uma mácula para o sistema. Ao contrário: a migração da operação, da escrituração e do arquivamento de dados registrais e documentos para o meio totalmente eletrônico exigem o sério estudo e conhecimento da técnica e dos riscos envolvidos. Isso está acontecendo com amadurecimento paulatino e dentro da prudência. E o Poder Judiciário tem conduzido de forma responsável e firme este processo de mudança e modernização, respeitando o tempo necessário para superação das limitações tecnológicas, bem como a superação das inseguranças (ou prevenção e precaução) das novas tecnologias.

#### 4. SINTER

O SINTER – Sistema Nacional de Informações Territoriais – foi planejado e está tendo sua implantação promovida pelo Poder Executivo Federal. No Decreto 8.764/2016, este sistema é entendido como uma ferramenta de gestão pública, cujo principal objetivo é formar um banco de dados, aglutinando informações que já estão em poder dos órgãos estatais (como os cadastros fiscais, cadastrais e geoespaciais), centralizando todos estes dados em um único banco de dados. Pretende adicionar a este banco de dados as informações sobre a situação jurídica dos imóveis (que é produzida pelos registros de imóveis), além de informações advindas da administração indireta e de empresas privadas.

O SINTER foi pensado como um banco de dados, cujo objeto principal é o imóvel (os espaços territoriais), e sobre cada imóvel há previsão de existir diversas camadas temáticas de informações. Assim, cada órgão ou departamento responsável por determinada "camada" do SINTER, além de alimentar o sistema com informações, poderá ter acesso às informações relevantes para o exercício de sua função.

# 4.1. Importância do "Registro eletrônico" para sua implementação

Seria perfeitamente possível que o Poder Executivo Federal organizasse o banco de dados do SINTER apenas com informações cadastrais, fiscais e geoespaciais. Estas informações são produzidas e coletadas por inúmeros órgãos públicos e administração direta e indireta. O SINTER poderia agrupar dados do INCRA, da SPU, das prefeituras, dos órgãos ambientais, dentre outros cadastros, sem a necessária coleta de dados sobre a situação jurídica dos imóveis (que só é produzida e conservada, obrigatoriamente, pelos registros de imóveis).

Mas é evidente o interesse do governo federal em ter, também, os dados sobre a situação jurídica dos imóveis neste grande banco de dados. Especialmente a Receita Federal do Brasil, com objetivos de arrecadação tributária, tem especial interesse em poder saber, a qualquer momento, quais são todos os bens imóveis em que determinada pessoa figura como titular, apenas cruzando dados internos de seu "super banco de dados".

Se a coleta destes dados da forma pretendida pela Receita Federal do Brasil fosse constitucional e legal, o Registro Eletrônico de Imóveis é premissa para que se torne viável, em longo prazo, o atendimento da pretensão do fisco. Não seria viável, operacionalmente, que registros realizados apenas em meio físico (suporte papel) alimentassem um banco de dados eletrônico com as informações dos registros. O registro eletrônico nativo (quando assim existir) permitirá, com maior facilidade, o intercâmbio automatizado de dados entre as serventias e suas respectivas centrais estaduais ou, ainda, (se for constitucional, legal e proporcional), o intercâmbio de dados dos registros diretamente com um banco de dados administrado pela Receita Federal do Brasil, como pretende o Dec. 8.764/2016.

Neste momento de transição, ainda que fosse adequada a ferramenta engendrada pelo fisco federal, não é possível o perfeito intercâmbio de dados em vista dos fatos já expostos: falta de disponibilidade de tecnologias para que o registro eletrônico nato digital funcione de forma segura. Este gargalo tecnológico é reconhecido, e sua superação está sendo devidamente gerida e normatizada pelo Poder Judiciário (como exposto no item 3.3 deste trabalho).

# 4.2. Fundamentos legais e normativos, e análise do conteúdo que exorbita o poder regulamentar do Poder Executivo

O SINTER, como dito, está sendo desenvolvido a partir de um decreto do Poder Executivo Federal, assinado pela ex-presidente Dilma em seu último dia de mandato. Para sua sustentação, na "camada" atinente aos registros públicos, este decreto parte da premissa, equivocada, de que seria possível ao Poder Executivo regulamentar questões atinentes aos registros públicos. Contudo, como já exposto na parte final do item 3.2 deste estudo, a competência normativa é do Poder Judiciário.

Esta falta de competência, portanto, faz com que o decreto em análise exorbite o poder regulamentar do executivo federal, mas não invalida o projeto do SINTER por inteiro, por duas razões: primeiro, porque é possível a existência do SINTER como banco de dados de cadastro multifinalitário sem as informações dos registros públicos, aglutinando apenas dados de demais ór-

gãos públicos e dados já transmitidos ao fisco pelos cartórios por meio das DOI – Declaração de Operação Imobiliária. Segundo, porque é possível, com os ajustes necessários para se operacionalizar o SINTER, que exista consenso de cooperação (de forma bilateral) entre os registros públicos (tutelados pelo Poder Judiciário/Corregedorias de Justiça/CNJ) e o Poder Executivo, operacionalizado pela Receita Federal. Certamente, as instituições registrais (Corregedorias Estaduais de Justiça, CNJ e oficiais de registro de imóveis) só poderiam concordar com o compartilhamento de base de dados se as premissas estivessem muito claras, e não se criasse risco de um "pseudo-registro paralelo" e secundário, que na realidade não teria eficácia jurídica nenhuma, mas poderia colocar em risco a segurança jurídica e a garantias individuais da população.

O que não seria plausível e nem constitucional é a Receita Federal do Brasil, sem prerrogativa para tanto, querer impor unilateralmente uma plataforma de trabalho e uma dinâmica de dados do que virá a ser o registro eletrônico, conflitando com normas regulamentares já editadas pelo Poder Judiciário, que é o órgão competente para tal regulamentação.

Não se olvida do artigo do decreto (art. 6.º) que prevê a instituição de comitês temáticos, nem das frequentes afirmações da Receita Federal de que o SIN-TER será ferramenta para o registrador imobiliário, e que o registrador participa e participará da orientação do sistema, como escrito pelo ilustre auditor da Receita Federal encarregado do SINTER em artigo recentemente publicado:² "O mais importante, porém, é que isso não virá de cima para baixo. As entidades nacionais de registro e de notas que participarão oficialmente na gestão do SINTER, poderão orientar o desenvolvimento do sistema para atender da melhor forma o registrador como usuário do SINTER ou até mesmo construir *plug-ins* e estender as funcionalidades do SINTER diretamente, usando a interface pública de programação de aplicativos (API) do SINTER."

Apesar disso, há uma questão que não pode ser admitida: não se pode deixar na mão de um órgão do Poder Executivo Federal o gerenciamento (decisões) sobre o futuro do registro de imóveis. É evidente que não pode nada vir de "cima para baixo", como menciona em seu artigo o auditor gerente do SINTER

O SINTER COMO FERRAMENTA DE GESTÃO PARA O REGISTRADOR DE IMÓ-VEIS. Luis Orlando Rotelli Rezende. Disponível em: [http://irib.org.br/be/app/webroot/ files/editor/files/Luis-orlando-artigo-SINTER.pdf?utm\_source=emailmanager&rutm\_ medium=email&rutm\_campaign=Boletim\_Eletronico\_do\_IRIB\_\_No\_4577\_\_30\_de\_ agosto\_de\_2016]. Acesso em: 30.08.2016.

Portanto, se haverá participação dos registros públicos no SINTER, não é a Receita Federal quem determinará manuais de arquivos, forma de transmissão, forma de gestão dos dados. E aí se encontra no texto do Decreto do SINTER pontos que extrapolaram o poder regulamentar do poder executivo, e criou conflito com normatização anterior já editada pelo Poder Judiciário, por meio do CNJ, órgão competente para regulamentar a matéria. Percebe-se que os seguintes pontos do Dec. 8.764/2016 são ineficazes:

- a) obrigação de transmissão de dados pelos registros de imóveis para o SINTER por meio de arquivos estruturados em forma definida por Manual da Receita Federal (art. 5º decreto). Na realidade, o Provimento 47/2015 do CNJ é expresso ao indicar que cabe aos órgãos públicos realizarem a consulta dos dados de seus interesses nas centrais estaduais de serviços eletrônicos compartilhados, sendo vedado aos registradores enviarem informações por outros meios (art. 3.º e art. 8.º, III do Provimento 47/2015). Percebe-se que, na forma já regulamentada pelo CNJ, no Registro Eletrônico não haverá transmissão de informações por outros meios que não sejam as Centrais Estaduais de Serviços Eletrônicos Compartilhados;
- b) a especificação de que compete à Receita Federal estruturar o Manual Operacional, que conterá, conforme o decreto: "estrutura, o formato e as regras de validação das informações enviadas pelos serviços de registros públicos" (art. 2.º, III "f"). Na realidade, conforme normatizado pelo Judiciário no Provimento CNI 47/2015, o manual a ser observado na base de dados do Sistema de Registro Eletrônico, que já foi adotado pela Recomendação 14/2014 do CNJ, segue o Modelo de Sistema de Registro Eletrônico desenvolvido pela Associação do Laboratório de Sistemas Integráveis Tecnológicos - LSI-TEC, ligado à USP - Universidade de São Paulo, em cumprimento ao contrato CNJ 01/2011. Portanto, será inócuo outro manual expedido pela Receita Federal, já que o Poder Judiciário já especificou o manual. Cabe à Receita Federal, caso entenda necessário, informar o Poder Judiciário seus requisitos adicionais para que o Judiciário avalie a legalidade, oportunidade e conveniência de se adaptar o Manual estabelecido para o Registro Eletrônico às pretensões da Receita Federal. Portanto, cabe à Receita Federal justificar suas razões ao Poder Judiciário, e solicitar convênios para acesso aos dados pela plataforma universal do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis.
- c) previsão de uma espécie de banco de dados universal, administrado pela Receita Federal do Brasil, em que se tentaria fazer uma espécie de espelhamento dos dados registrais. Este repositório de segunda mão de dados registrais em poder da Receita Federal é vedado expressamente pela norma do Provimento 47/2015 do CNJ, que estabelece no caput do art. 5.º que as demandas por

informações serão transmitidas aos registros de imóveis competentes, e que conforme o Parágrafo único do referido artigo "Os oficiais de registro de imóveis deverão manter, em segurança e sob seu exclusivo controle, indefinida e permanentemente, os livros, classificadores, documentos e dados eletrônicos, e responderão por sua guarda e conservação.". Nada impediria, contudo, que o fisco preenchesse a sua tabela eletrônica (ou seja, populasse seu banco de dados do SINTER) da "camada" registro com dados obtidos a partir da DOI, e outra parte com dados obtidos em acesso nas Centrais Estaduais compartilhadas de Serviço Eletrônico. A formação de tal banco de dados "paralelo", contudo, não permitiria ao fisco a divulgação destas informações ao público em geral, mas apenas aos agentes públicos no uso de suas atribuições, ante o caráter de sigilo fiscal das informações. Além disso, a função de expedir certidão e divulgar dos dados registrais é, e continuará sendo, exclusiva dos registradores, especialmente ao se considerar que sempre existirá um delay no preenchimento de informações no "banco de dados espelhado", e que podem ocorrer falhas e omissões no envio de informações. Por estas razões, eventual informação sobre registros de imóveis existentes no banco de dados do SINTER jamais se prestaria a substituir as informações, originais e eficazes, das situações jurídicas dos imóveis, que só podem ser obtidas nos registros de imóveis respectivos. Esta questão será mais aprofundada em tópico específico adiante neste estudo.

# 4.3. Inexistência de subordinação dos registros (e dos registradores) à Receita Federal e ao SINTER

O art. 3.º do Dec. 8.764/2016 estabeleceu que são usuários do SINTER, além da Receita Federal do Brasil e de órgãos públicos federais: a) os serviços de registros públicos; b) os órgãos de administração fazendária dos estados e municípios, mediante convênio a ser firmado com a Receita Federal do Brasil.

Ainda, no art. 8.º, o decreto estipula que o SINTER agregará informações registrais, cadastrais, fiscais e geoespaciais provenientes de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos serviços de registros públicos e de pessoas jurídicas de direito privado.

Há de se considerar que o Decreto do Poder Executivo Federal em nada vincula os demais órgãos ou usuários nele referidos. Por exemplo: se um determinado município não quiser compartilhar suas informações fiscais sobre imóveis no SINTER, qual seria a forma de coerção para tanto? Absolutamente nenhuma. Da mesma forma, se um Estado ou o Distrito Federal não quiser compartilhar informações de seus cadastros sobre imóveis, como poderia

a Receita Federal obrigá-los a prestar as informações? Novamente, de forma nenhuma. O compartilhamento das informações é questão a ser avaliada por cada ente, conforme os seus critérios de oportunidade e conveniência. Portanto, percebe-se que a ideia esboçada no SINTER esbarra em questão de ordem prática que certamente fará com que a base do SINTER seja menor do que a pretendida pelo fisco federal no Decreto, pois os municípios e estados não são obrigados a colaborar com o SINTER, por absoluta falta de previsão legal. O decreto do Poder Executivo Federal é de observação obrigatória apenas para os órgãos públicos federais e administração pública direta e indireta vinculados à União. Em parte, no art. 3.º do decreto, este já reconhece a necessidade de convênios a serem firmados entre as administrações tributárias dos municípios e dos estados para participação no SINTER. O decreto reconhece, assim, que não pode obrigar tais entes a participarem da proposta.

E quanto aos dados dos registros públicos, existe subordinação e participação obrigatória dos oficiais de registro no SINTER? E a resposta é a mesma: não existe subordinação dos registros públicos ao Poder Executivo Federal, e a adesão dos registros públicos à proposta do SINTER deverá ser avaliada conforme critérios de oportunidade e conveniência pelos registros públicos, sob a tutela do Poder Judiciário, na forma do art. 236 da Constituição Federal, e do Conselho Nacional de Justiça, conforme art. 103–B, § 4.º, I e III.

E não se pode imaginar que a obrigação dos registros públicos em dar acesso aos dados registrais para órgãos públicos federais, sem emolumentos, na forma prevista no art. 41 da Lei 11.977/2009, dê espaço para uma regulamentação tão extravagante como a pretendida pelo fisco federal no Dec. 8.764/2016. Esta regulamentação conflita diretamente com as normas sobre acesso às informações já previamente definida pelo ente competente, o CNJ como órgão do Poder Judiciário, como já mencionado anteriormente neste artigo.

A própria Lei 11.977/2009 e o decreto do SINTER reconhecem a inexistência de subordinação dos registros públicos à Receita Federal. Evidência disso é o texto do art. 4.º § 5.º do Dec. 8.764/2016, que estabelece que caso algum registrador não preste as informações solicitadas pelo fisco na forma do SINTER, este não estará sujeito à nenhuma medida aplicada pelo fisco federal. O fisco poderá, apenas, fazer representação do registrador perante o seu Juiz Corregedor. Portanto, caberá ao Juiz Corregedor (Poder Judiciário) apreciar se deve ou não o registrador colaborar com a Receita Federal na forma estabelecida, unilateralmente, pelo executivo federal, e poderia, em tese, aplicar as penas previstas na Lei 8.935/94. Mas é certo que, se as normas do SINTER conflitarem com as normas emanadas do CNJ para o registro eletrônico, o Juiz Corregedor não poderá aplicar pena ao registrador que observa as normas do

CNJ em detrimento das normas emanadas de autoridade incompetente para normatizar registros públicos. Punição, portanto, não haverá para registradores que não observarem o SINTER, porque este está, por hora, em desacordo com as normas de registro eletrônico emanadas do órgão competente, o CNJ.

Portanto, é importante se ter clareza de que as premissas lançadas pela então presidente (ou presidenta) da República no decreto do SINTER não são vinculantes, e se pode dizer que não são definitivas: elas precisam ser discutidas entre os registradores e o Poder Judiciário para se verificar se as propostas pensadas pelo Poder Executivo Federal não maculam a segurança jurídica e os princípios dos registros públicos, e se são viáveis dos pontos de vista jurídico e operacional. Afinal, as bases históricas e ontológicas dos registros públicos, consagrados no art. 236 da CF/1988, não estruturam os serviços de registros públicos em favor da administração pública, mas o fazem em favor da segurança jurídica e das garantias individuais dos cidadãos e da comunidade. Além disso, no eventual conflito entre interesses públicos primários com interesses secundários, a missão dos registros públicos é priorizar a segurança e proteção dos interesses públicos primários.

O decreto do SINTER, apesar de divulgar uma potencial ferramenta de gestão pública, que poderia vir a embasar decisões e gestão do interesse público primário (em favor da população), está nas mãos do órgão tributário da União, a Receita Federal do Brasil, evidenciando que os interesses prioritários do Poder Executivo Federal, ao menos neste momento e na forma proposta, são tributários e, portanto, fora do escopo do interesse público primário.

Contudo, a ausência de subordinação dos demais órgãos públicos (não federais) e dos registros públicos ao decreto do SINTER não leva necessariamente ao insucesso na implantação da camada "registros públicos" do SINTER. Mas é certo que, para que exista êxito, é necessária a participação dos registradores e do Poder Judiciário na definição das formas de interconexão do registro com o SINTER, bem como a definição com clareza das regras e limites.

Em atenção ao pacto federativo, em que a Constituição assegura autonomia para os Estados, Distrito Federal, aos municípios e também ao Poder Judiciário, o governo federal precisa ter em mente que o sucesso do SINTER passará pelo diálogo, e a palavra-chave para o sucesso é "cooperação" e não subordinação. Cada ente e cada órgão responsável por grupos temáticos precisarão enxergar no SINTER, verdadeiramente, uma ferramenta de gestão espacial que permitirá melhores resultados de ações públicas em cada área, assegurando a autonomia e independência de cada um destes entes ou órgãos e/ou instituições. Do contrário, dificilmente haveria colaboração.

Ainda, a participação e adesão inicial de determinado ente público, órgão ou instituição ao SINTER não será, necessariamente, eterna. Os termos dos convênios deverão ser respeitados por aquele que administrar o banco de dados da ferramenta, sob pena de haver justo interesse do ente colaborador em fazer cessar a sua participação no SINTER.

Além disso, é necessário que se reconheça que haverá camadas em que apenas parte dos dados serão levados até o SINTER: alguns municípios deverão aderir ao sistema e outros poderão não querer, ou não disporem de estrutura para participar do SINTER. Assim, parte dos imóveis que estarão na base do SINTER terão dados de cadastros municipais e outros não os terão. É possível que o mesmo ocorra com dados de registros públicos, contando com a adesão das Corregedorias de alguns estados e não obtendo a adesão de outras, salvo norma centralizada pelo CNJ que determine adesão em todo o território nacional.

Mas é certo que, para haver norma do CNJ obrigando a adesão dos registros públicos em todo o território nacional, tal norma não poderia afrontar a ontologia e os princípios dos registros públicos e não poderia trazer risco aos bens jurídicos tutelados pelos registros públicos, sob pena de inconstitucionalidade formal, ou inconstitucionalidade por violação do devido processo legal substantivo, o que poderia (e deveria) ser arguido pelos legitimados em tal hipotética situação. Também não deve o SINTER pretender ser uma ferramenta de "pseudo-registro paralelo", e deve observar as normas de registro eletrônico já estabelecidas pelo CNJ em relevante trabalho por ele contratado junto a laboratório tecnológico ligado à USP, divulgado pela Recomendação 14/2014, e normatizado pelo Provimento CNJ 47/2015.

# 5. Análise da oportunidade e conveniência de cooperação para o desenvolvimento: perspectiva do cidadão/administrado *versus* perspectiva do governo/administrador

Se por um lado o SINTER, na forma inicialmente positivado pelo Dec. 8.764/2016, está sujeito às inconformidades legais e constitucionais já mencionadas neste artigo e carece de revisão para sua viabilidade, por outro lado é louvável o interesse público na criação de uma ferramenta verdadeiramente de gestão territorial, com vistas à melhoria do desenvolvimento.

Há de se ter em mente que os bens imóveis têm, cada vez mais, sido objeto de interesse de mais áreas na vida moderna. Se, historicamente, uma visão patrimonialista ou estratégica/produtiva prevaleceu, atualmente cada vez mais

diversidades de interesses se voltam para os bens imóveis. Interesses ligados aos temas sociais, econômicos, ambientais, produtivos, tributários, de planejamento urbano e espacial vêm crescendo rapidamente. E os *players* de cada uma destas áreas buscam informações seguras, precisas e com baixo custo para a realização de transações, planejamento e tomada de decisões.

Neste cenário, em que a sociedade busca o desenvolvimento do país como um todo em diversos aspectos, a existência de um banco de dados nacional sobre informações territoriais é um projeto com potencial para auxiliar na gestão pública, com foco no desenvolvimento de todas as regiões. O desenvolvimento, segundo Oliveira³ é diferente de crescimento econômico, embora não sejam excludentes entre si. Desenvolvimento é um processo complexo que envolve mudanças e transformações econômicas, políticas e principalmente humanas e sociais. É a melhoria na satisfação das necessidades humanas como saúde, educação, transporte, habitação, alimentação, lazer, dentre outras. Esta visão sobre desenvolvimento, segundo o autor, passou a ser difundida em meados da década de 1940 por economistas estruturalistas ligados à Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL.

E a questão espacial é importante para o desenvolvimento, pois cada região tem potenciais e carências diferentes.

O SINTER poderá vir a exercer, no futuro, um importante papel como ferramenta que permitirá a gestão do desenvolvimento baseado em regiões. Não parece essencial, contudo, que os dados jurídicos sobre a propriedade tenham papel central nesta questão. Informações que poderão fazer parte de outras camadas, como saneamento básico, habitação, transporte, taxas de violência, número de empresas, etc., são mais úteis e importantes para a gestão de políticas públicas, visando ao desenvolvimento, do que as informações sobre a situação jurídica registrais sobre os bens imóveis.

Neste momento, o SINTER é um projeto e ainda não está em operação. O custo e a gestão de seu desenvolvimento, na forma do Dec. 8.764/2006 (art. 14), cabe ao orçamento da Receita Federal.

Na perspectiva do governo há, aparentemente, dois grandes objetivos: a) o primeiro é obter informações sobre situações jurídicas dos bens imóveis com finalidade de arrecadação tributária; b) o segundo seria compor um banco de dados com informações de diversas fontes, estruturado em diferentes camadas

<sup>3.</sup> OLIVEIRA, G. B. de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 37-48, maio/agosto, 2002.

temáticas, que poderá funcionar como ferramenta de gestão e de suporte para políticas de gestão pública em prol do desenvolvimento.

A obtenção de dados dos registros públicos para fins tributários parece, mais uma vez, criar redundância de informações já existentes e mal aproveitadas pelo fisco. Há muito tempo o fisco federal recebe informações sobre as operações tributárias por meio das Declarações de Operações Imobiliárias, apresentadas por todos os tabeliães de notas e oficiais de registro de imóveis (e ainda eventualmente de Registro de Títulos e Documentos), contendo as informações necessárias e úteis para a administração fazendária federal. Além disso, mediante consulta aos cartórios, o fisco tem acesso a dados sobre quaisquer imóveis objeto de seus interesses em fiscalização. Portanto, nesta perspectiva tributária, o SINTER não é essencial ao fisco, que já possui informações para tal mister.

Ainda, a implementação do registro eletrônico já permite ao fisco outras ferramentas úteis, como a possibilidade de consulta em tempo real, pelas Centrais de Registradores, de todos os imóveis pertencentes a determinada pessoa (por CPF, na ferramenta denominada "Ofício Eletrônico"). E este acesso, conforme preceituou a Lei 11.977/2009, independe de recolhimento de custas e emolumentos. Portanto, além da já existente Declaração de Operações Imobiliárias, o Registro Eletrônico – já em funcionamento na forma estabelecida pelo Poder Judiciário – dá maior acesso e ferramentas ao fisco em sua função fiscalizadora. O fisco pode – e deve – se utilizar das ferramentas já disponíveis do registro eletrônico para exercer suas funções. Não precisa gastar recursos públicos e nem esperar a futura implantação do SINTER para aperfeiçoar suas funções fiscalizadoras.

A segunda perspectiva da administração pública – a de formação de um banco de dados espaciais para a tomada de decisões na gestão do interesse público primário – é a que realmente inova e é legítima na previsão do SINTER. Nesta perspectiva, ainda inexistente e também fora de operação, diversas camadas serão alimentadas por diversos órgãos, diversos municípios e diversos estados e, talvez, por diversos registradores de imóveis.

Os desafios para compor estas camadas são diversos: para que o banco de dados seja abrangente, exigirá adesão de maior parte dos estados e municípios ao Sistema. Exigirá, ainda, de órgãos do próprio governo federal, como a SPU e INCRA, maior orçamento para cumprir atividades de suas atribuições, importantes para a gestão pública, que ainda carecem de completude: à SPU, por exemplo, compete o cadastro de todos os bens da União, como os terrenos de marinha, que há décadas não são devidamente cadastrados, gerando insegurança para proprietários de imóveis em áreas próximas ao litoral brasi-

leiro. Já ao INCRA, por exemplo, compete a demarcação e cadastramento de terras indígenas. Tais dados cadastrais, cuja responsabilidade pela produção é do governo federal, não existem de forma integral, por falta de recursos e investimento da administração federal em sua produção. Causa estranheza que a União, mesmo ente que negligencia na criação de dados que são de sua própria responsabilidade, queira centralizar informações que são produzidas por outros órgãos públicos, e também pelos registros públicos. Não seria mais adequado que a administração pública federal, antes de investir recursos públicos para tentar gerenciar dados produzidos por terceiros (municípios, estados e registros públicos), investisse seus recursos públicos para concluir a produção de dados que são de sua obrigação (como os mencionados da SPU e INCRA)? É certo que o banco de dados do SINTER seria ferramenta de pouca ou nenhuma utilidade para a gestão pública caso as camadas, com dados compartilhados pelos entes públicos e pelos registros públicos, fossem alimentadas com dados tão incompletos quanto estes mencionados de responsabilidade da própria administração federal.

Percebe-se que tentar gerar um banco de dados central pode ser desperdício de esforço e dinheiro público quando os dados não existem, ou quando os dados existentes pertencerem a outros entes que talvez não vejam conveniência em compartilhá-los.

De toda forma, esta segunda perspectiva do SINTER como ferramenta para o desenvolvimento (e não como ferramenta de arrecadação tributária) é valiosa como planejamento estratégico, de longo prazo. Quando as informações existirem de maneira completa, será valiosa uma ferramenta que permita o cruzamento de dados e o estudo de diversas realidades locacionais (ambiental, saneamento, habitação, transporte etc.), em um único banco de dados. A parte dos registros públicos, entretanto, como situação jurídica e patrimonial dos bens, não parece ter papel significativo nesta questão e, como já mencionado, parece não ser adequada a tentativa de criação de uma base de dados "parale-la", que tentaria espelhar as informações existentes nas serventias de registros de imóveis.

Na perspectiva dos cidadãos/administrados, o SINTER também pode ser percebido em diversas perspectivas: a) como uma tentativa do fisco de se apropriar de informações registrais, protegida pelos registros públicos, para exercer fiscalização mais incisiva, com riscos de acesso e uso indevido na "base de dados paralela"; b) como uma ferramenta que permitirá aos gestores públicos a tomada de decisões para a melhoria na qualidade de vida das pessoas, nas diversas localidades do país; c) como uma expectativa de que se trata de um projeto sem amparo legal e que poderá desperdiçar dinheiro público; d) como

uma expectativa de que o SINTER poderia criar uma forma de os cidadãos em geral terem acesso mais fácil às informações dos registros públicos e dos diversos cadastros;

Na primeira perspectiva, sobre o receio dos cidadãos quanto ao possível acirramento das técnicas de fiscalização, não há razões para tal. As atuais técnicas de fiscalização tributária já são abrangentes, e o fisco já dispõe das informações necessárias para a fiscalização tributária, seja por meio da Declaração sobre Operações Imobiliárias – DOI, ou por meio de acesso direto nas serventias de registros de imóveis e também nas Centrais Estaduais Serviços Eletrônicos Compartilhados de Registros de Imóveis. Já existem, também, casos de compartilhamento de informações do fisco federal com fiscos estaduais e municipais. Quanto o receio de acesso às informações do banco de dados "de registro paralelo" e seu uso indevido, há risco de insegurança jurídica, que seria gerado pela tentativa de criação de um "pseudo-registro", com uma base paralela de dados registrais coletados junto com as informações cadastrais na base do SINTER, como se analisará em item próprio adiante neste artigo.

Quanto à perspectiva dos cidadãos de que no futuro o SINTER poderá ajudar na tomada de decisões para a gestão pública, a expectativa é legítima, mas ainda há longo caminho a ser percorrido e ajustes a serem realizados para se atingir tal objetivo. Como já dito, há inúmeros dados cadastrais importantes de responsabilidade do governo federal que ainda não existem por falta de investimentos nos órgãos competentes para produzir as informações. Quanto às informações pertencentes a outros entes públicos, não se tem segurança de que os outros entes queiram participar da base do SINTER e compartilhar suas informações. Para que exista efetividade no SINTER como ferramenta de gestão dos espaços territoriais, será necessário que o governo federal produza os dados que são de sua responsabilidade, como já mencionado. Além disso, deverão os municípios, Estados e Distrito Federal entenderem ser conveniente compartilhar seus dados cadastrais e fiscais e, se assim o fizerem, deverão todos eles investirem em aparato tecnológico para permitir o compartilhamento das informações.

Quanto à expectativa de que seja uma decisão política que não alcançará êxito e desperdiçará dinheiro público, os argumentos dos que assim sustentam apontam: a) que de nada adianta criar ferramentas tecnológicas se nem o próprio governo federal tem capacidade de produzir informações importantes de sua responsabilidade; b) que não há obrigação dos demais entes em participar do SINTER, e suas participações demandarão decisão política discricionária, adaptações nos departamentos competentes em cada ente, e exigirão gastos de mais recursos públicos para sua efetivação; c) que a "camada" sobre registros

públicos deve observar o padrão que o CNJ já gastou recursos públicos para desenvolver o modelo – SREI (Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis) – e não deveria haver outro gasto com desenvolvimento de outro modelo ou manual pela Receita Federal, já que os registros públicos deverão obedecer às regras do Judiciário, e não do Executivo Federal; d) que o projeto não foi bem estruturado, e que o Decreto foi assinado pela presidente deposta um dia antes de ser afastada do cargo pelo processo de *impeachment*, e que, portanto, teria sido feito às pressas, sem as devidas discussões necessárias para seu amadurecimento. Há, portanto, argumentos fortes sobre os riscos do projeto. Contudo, ainda há tempo para que o governo federal reveja algumas questões para reduzir os riscos de desperdiçar recursos públicos e para maximizar as chances de êxito do projeto SINTER.

Quanto à expectativa de que o SINTER poderia criar uma forma de os cidadãos em geral terem acesso mais fácil às informações dos registros públicos e dos diversos cadastros, tal expectativa, no atual modelo, não corresponde à realidade. Da forma em que pensado, o SINTER não será de acesso público aos cidadãos em geral, e terá acesso restrito aos entes públicos e cartórios de registros públicos participantes. Portanto, informações cadastrais diretamente no SINTER não estarão disponíveis à população em geral.

Existe uma possibilidade, a ser mais aprofundada na doutrina e entre os entes que vierem a participar do SINTER, de que os dados contidos na base de dados do SINTER possam ser disponibilizados aos interessados. É certo que os dados registrais eventualmente contidos em base do SINTER jamais poderão ser divulgados à população em geral, em vista do risco de insegurança jurídica. Mas dentre os dados cadastrais (produzidos pelos órgãos públicos), há alguns que não terão sigilo fiscal e que talvez não tenham risco em sua divulgação ao público em geral. Isso precisará ser definido pelos entes que produzirem e compartilharem seus dados na base do SINTER, com muita responsabilidade e cuidado para evitar riscos de assimetria de informação.

Parte dos dados constantes no SINTER, se tratarem sobre situações com eficácia real, talvez, conforme as regras de interconexão a serem mais aprofundadas, possam ser publicizadas por meio de averbação na matrícula dos imóveis. Tal situação encontra regulamentação inicial no art. 12 do Dec. 8.764/2016. Mas há de se ter em mente que a matrícula do registro de imóveis não é lugar para todo e qualquer dado cadastral que componha a base do SINTER: só podem figurar na matrícula do imóvel situações jurídicas que alterem, de alguma forma, os direitos subjetivos inscritos.

Contudo, o decreto apenas permite que os registros de imóveis consultem os dados da base do SINTER, necessários para a prática de seus atos. Apesar disso, não há previsão legal para que os registradores, *ex officio*, deem publicidade de tais informações cadastrais (quando cabível) nas matrículas dos imóveis. E, se houver regulamentação neste sentido, será necessário cuidado para se ter clareza de quais situações podem ser levadas à matrícula, pois é regra do sistema que a matrícula não é o desaguadouro de toda e qualquer informação sobre os imóveis, mas apenas das situações jurídicas relevantes para os direitos reais inscritos e para a oponibilidade.<sup>4</sup>

Na expectativa de que haja uma única fonte de informações sobre a situação do registro dos imóveis juntamente com informação sobre cadastros de diversas fontes do mesmo imóvel, uma possível solução seria determinar que os registros de imóveis poderiam disponibilizar aos interessados – quando forem solicitados juntamente com certidão sobre registros de imóveis – certidão dos dados cadastrais constantes no SINTER para determinado imóvel, conforme a publicidade ou sigilo de cada dado a ser estudado e definido pelo órgão que produziu o dado. Deve-se tomar as precauções para que dados cadastrais, quando tiverem acesso disponibilizado, não tenham risco de gerar assimetria de informação e aumentar a insegurança jurídica. Assim, cada ente que produzir os dados devem analisar se estes são estáticos ou dinâmicos, e se haverá risco de assimetria e erros em sua divulgação pelo SINTER.

Outro caminho possível para acesso a dados cadastrais (jamais os registrais) disponíveis seria a criação de uma plataforma no SINTER em que qualquer interessado possa ter acesso aos dados das camadas cadastrais que forem de livre acesso, pesquisando diversas fontes cadastrais diretamente na plataforma *online* do SINTER.

Estas medidas de acesso, embora não solucionassem caso de entes públicos não participantes do SINTER ou que tivessem omissão na prestação de informações ao banco de dados, ao menos permitiria que o cidadão tivesse acesso, por meio dos registros públicos ou diretamente em plataforma *online*, às informações que constarem nos cadastros participantes do SINTER.

Vale reforçar que, ao contrário, eventual pretensão de se fornecer aos cidadãos em geral informações sobre o registro (situações jurídicas de direito sobre imóvel) por outro meio que não pela certidão diretamente do registro de imóveis – como, por exemplo, por meio acesso ao banco de dados do SINTER –, causaria grande risco e seria ilegal, tendo em vista o risco de atraso na atualização de eventual banco de dados paralelo, e também por afronta aos arts. 16 a 21 da Lei 6.015/1973, que estabelecem aos registradores a função de fornecer

<sup>4.</sup> CARVALHO, Afranio de. Registro de Imóveis. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

certidões dos registros públicos, com todas as cautelas e segurança jurídica necessária para tanto.

Na análise do ambiente institucional do mercado imobiliário brasileiro, atualmente se percebe que publicidade registral é extremamente organizada, eficiente e com custo acessível no direito brasileiro, ao tempo em que o acesso aos dados cadastrais e a outras informações legais relevantes sobre imóveis, quando não sujeitas ao registro imobiliário, ainda são dispersas e sua obtenção é onerosa e insegura. A possível disponibilização dos dados cadastrais (e não registrais) pelo SINTER poderá contribuir para reduzir a assimetria de informação e melhorar o ambiente institucional do mercado imobiliário.

Observa-se, por fim, que o registrador de imóveis pode contribuir no acesso a tais dados de duas formas: a) para os dados com conteúdo jurídico-real, que podem ser objeto de averbação na matrícula dos imóveis, poderá o registrador, conforme o caso, proceder averbação na matrícula, permitindo publicidade organizada e oponibilidade; b) para os dados cadastrais que não contenham conteúdo jurídico-real (e que não podem ser objeto de averbação), caso o SINTER deseje atribuir ao registrador imobiliário a função de viabilizar acesso a tais dados cadastrais contidos em sua base (apenas os dados cuja divulgação não gere risco de assimetria de informação), a consulta à base de dados do SINTER deveria ser feita *online*, não por arquivamento de banco de dados paralelo, mas por extração direta do banco de dados do SINTER, quando solicitado.

6. EVENTUAL BASE DE DADOS PARALELA: LIMITAÇÕES, EFEITOS, ESPECIALIDADE OBJETIVA E INVIABILIDADE DE CONVERSÃO DE DADOS PRETÉRITOS EM DADOS NATO DIGITAIS ESTRUTURADOS

Como já dito, embora o atual regramento realizado pelo Dec. 8.764 de maio de 2016 seja ineficaz na parte atinente aos registros públicos, há algum interesse público primário no estabelecimento de uma interconexão, em fluxo nos dois sentidos, entre o registro de imóveis e o SINTER, e se deve buscar viabilizá-la.

Para tal interconexão, como já mencionado neste artigo, a informação dos registros públicos não precisa ser arquivada em banco de dados pelo SINTER, assim como as informações do SINTER não precisam ser armazenadas pelos registros públicos.

A criação de um banco de dados paralelo criaria o *delay* na duplicação, o risco de erro ou omissão de informação, reduziria a segurança jurídica e aumentaria os custos de processamento e armazenamento da informação. Para

dar publicidade de dados do SINTER, caso tal função seja atribuída aos registros de imóveis, bastará que o registrador acesse o sistema no momento de extrair a certidão e faça a emissão do documento em tempo real, na base de dados do SINTER. Na via reversa, nos casos em que a Receita Federal ou usuários do SINTER tenham interesse em informações que constem no banco de dados dos registros públicos, deve o interessado acessar o sistema do Registro Eletrônico (como já normatizado pelo CNJ) e lá obter a informação, em tempo real ou mediante requisição, tudo na forma da regulamentação pelo Judiciário.

Além disso, como é da ontologia e dos princípios dos registros públicos, a guarda, conservação e publicidade das informações dos registros é obrigação e função exclusiva dos registradores de imóveis. Tal característica foi também positivada no Provimento 47/2015 do CNJ, em seu art. 5.º parágrafo único, como já mencionado neste trabalho.

A existência de base paralela dos registros públicos, como exposto, contraria as regras emanadas do Poder competente. Portanto, não poderá ser praticada a formação de base paralela na forma pretendida pelo executivo federal no decreto do SINTER.

Apesar disso, apenas para fins de discussão acadêmica – que merece aprofundamento em vista da atual divergência entre as normas do Judiciário e do Executivo – vale mencionar alguns limites e restrições para a formação e uso de tal "base paralela". Caso o Poder Judiciário entenda por bem firmar algum convênio para que a Receita Federal possa receber e armazenar informações sobre a situação jurídica dos imóveis, haveriam de ser observadas as seguintes questões:

Inicialmente, é sabido que a base (conteúdo) do registro de imóveis e possível base de dados registrais do SINTER (se existir esta camada) teriam diferenças significativas em conteúdo. Exemplos destas diferenças são questões como dados pretéritos, imperfeições e omissões em registros antigos, dentre outras. Mas além da diferença de conteúdo, ocorreriam, também, diferenças jurídicas de tratamento dos dados e efeitos. Um (o registro) é fonte de informação primária, eficaz, organizada para fins de publicidade de direitos, acessíveis por toda a sociedade e por qualquer pessoa. Outra (o SINTER) seria mera aglutinação de dados recebidos dos registros públicos e de outras fontes sobre cadastros e, como fonte secundária que seria, teria as seguintes características: a) não teria eficácia jurídica no mundo dos direitos reais, e em eventual divergência entre a base do SINTER e a base do registro de imóveis, apenas a do registro de imóveis sempre prevalecerá para fins de direito; b) a informação sobre situação jurídica dos imóveis produzida pelo registro de imóveis, se eventualmente compartilhada para a base do SINTER, nesta só poderia estar acessível aos

agentes do governo para os fins de suas funções públicas específicas, e deveria estar inacessível para a população em geral. O impedimento de acesso generalizado aos dados registrais eventualmente constantes no SINTER, como já dito, se presta para impedir a possibilidade de obtenção de informações com *delay* (de títulos em trâmite nos cartórios que ainda não estarão disponíveis na base eletrônica), ou ainda, que informações equivocadamente processadas induzam particulares em erro sobre o direito, o que causaria insegurança jurídica.

Portanto, reafirma-se que a publicidade organizada e eficaz pode ser fornecida apenas pelo registro público competente para publicizar a situação jurídica dos imóveis. Reafirma-se, também, o sigilo e a ineficácia de tais informações sobre situação jurídica em eventual base de dados paralela que viesse a ser formada.

Por fim, vale mencionar uma limitação operacional (e não jurídica) para a concentração de todos os dados registrais em uma base de dados eletrônica nato digital estruturada, na forma pretendida no decreto do SINTER: a questão dos dados registrais antigos e com especialidade objetiva precária.

A Lei 11.977/2009, em seu art. 39, estabeleceu que os dados antigos seriam introduzidos no sistema de registro eletrônico, dando prazo de cinco anos para que os atos praticados na vigência da Lei 6.015/1973 fossem introduzidos no sistema; e não fixou prazo para os atos anteriores a Lei 6.015/1973. Na regulamentação pelo Judiciário, os registros de toda a vigência da Lei 6.015/1973 já estão no sistema de registro eletrônico, cumprindo a lei. Mas em tal regulamentação, só estão em dados nato digitais estruturados os indicadores real e pessoal (Livros 4 e 5 do Registro de Imóveis), para que os interessados localizem os registros pretendidos. Após a localização do registro pretendido no sistema de registro eletrônico, o acesso ao conteúdo do registro (Livro 2 – matrícula) se faz pela visualização da imagem da matrícula (que também pode ser dar em meio eletrônico, mas por meio de imagem digitalizada e não por meio de documento nato digital estruturado).

E não se pode confundir as características de uma a imagem da matrícula digitalizada com as características técnicas de um banco de dados estruturado nato digital. Enquanto o acesso à imagem da matrícula depende de simples processo de digitalização (*scanner*), a produção de uma base de dados estruturados nato digital exigiria uma nova digitação, precedida de análise jurídica dos dados do registro (não apenas digitalização da imagem), o que demandaria o refazimento do trabalho de registro das últimas décadas, com altíssimos custos e dispêndio de recursos. Além disso, eventuais imprecisões e precariedade na especialidade objetiva ou subjetiva de registros antigos, quando existentes em imagem digitalizada podem ser identificadas, analisadas e sanadas pelo

interessado, caso a caso. O mesmo não é possível ao se tentar estruturar em dados nato digitais informações precárias ou imprecisas. Quando as informações são antigas e incompletas (como ocorre em muitos casos), é impossível se estruturar base de dados nato digital, e o acesso ao registro por imagem da matrícula ou em texto corrido (*string*, não estruturado) se mostra mais eficaz e plausível.

Portanto, os registros realizados na vigência da Lei 6.015/1973 já estão no sistema de registro eletrônico de imóveis disponíveis para consulta na forma normatizada pelo Judiciário, que normatizou de forma consciente e razoável: com buscas em banco de dados nato digital estruturado (dos indicadores real e pessoal) e com visualização da situação jurídica pela visualização da imagem da matrícula. E é assim que deverá ser procedido na eventualidade de que fosse admitida a existência um banco de dados paralelo de situações registrais (SINTER com camada de dados registrais).

Para a transposição dos registros antigos para o padrão nato digital estruturado, há de se observar regra de transição similar àquela que vigorou na inauguração da Lei 6.015/1973. Assim, os atos escriturados na forma da lei anterior permaneceram (e ainda permanecem e permanecerão) escriturados daquela forma, e os imóveis só são trazidos para o novo modelo de escrituração na medida em que títulos que os abranjam sejam apresentados para registro.

A dificuldade operacional para converter os registros de imóveis anteriores à Lei 6.015/1973 em dados nato digitais estruturados seria ainda maior. Na situação de transcrição há casos de imóveis em que uma parte é objeto de registro em uma serventia e outra parte é objeto de registro em serventia de antiga circunscrição. Há outros casos de imóveis em que somente parte estão transcritas e outras frações não foram levadas para registro. Há, ainda, inúmeros imóveis que tem especialidade objetiva precária ou que foram objeto de alienações parciais sem apuração de remanescente, ou sem pontos de amarração locacional claros nas informações constantes do registro.

Estas limitações de ordem operacional impedem que os oficiais de registro de imóveis consigam alimentar o banco de dados com dados registrais pretéritos em forma nato digital estruturada, pois seria inviável a criação de campos na "tabela estruturada" para tratar de cada vicissitudes particulares. Esta heterogeneidade é incompatível com a padronização necessária para que banco de dados relacionais funcionem de forma simples e eficiente.

Este problema das transcrições parciais em mais de um cartório (antes da Lei 6.015/1973), conduzem, ainda, para a inviabilidade técnica de se implementar o modelo de identificador unívoco, previsto no art. 8.º § 1.º do

Dec. 8.764/2016, que se baseie nos dados do Código Nacional da Serventia e do número da matrícula, já que há inúmeros imóveis em tal situação de registro parcial em uma serventia e parte em outra. Além disso, há imóveis que não são objeto de registro (já que para a ausência de registro não se tem uma sanção legal e o registro depende de provocação do interessado), o que fará com que eventual camada do SINTER com dados registrais tenha "buracos" e omissões de informações registrais para grandes parcelas do espaço do território nacional.

Assim, eventual banco de dados paralelo no SINTER deveria ser composto apenas pelas informações que o Judiciário já regulamentou que devem ser disponibilizadas em formato nato digital estruturado: os indicadores real e pessoal. O fornecimento de informações nato digital estruturadas mais abrangente (dados do livro 2 – matrículas) só teria viabilidade (de se produzir e compartilhar) para os registros realizados após a entrada em vigor da regulamentação definitiva do sistema, sem abranger dados anteriores.

Tais limitações de ordem operacional não poder ser supridas ou solucionadas por meios jurídicos ou por vontade política ou legislativa. Há uma real impossibilidade material de converter integralmente os registros em papel para uma base uniforme nato digital estruturada. Assim, admitida a limitação decorrente da transição entre sistemas de escrituração, haverá grande diferenças entre as informações constantes dos registros de imóveis e as, eventualmente, constantes no SINTER.

Por mais este motivo – de limitação de ordem técnica – parece mais adequado que os registradores de imóveis (e as centrais estaduais instituídas pelo Provimento 47/2015 do CNJ) administrem as bases de dados dos registros de imóveis. Ao governo federal seria mais viável cadastrar seus agentes para que tenham acesso ao sistema de registro eletrônico já instituído.

Ainda, conforme o caso, caberia ao Poder Executivo Federal sugerir ao CNJ novas ferramentas ou novas formas de disposição dos dados nas centrais de registradores para que tais sugestões fossem apreciadas quanto à possibilidade jurídica e operacional e fossem avaliadas quanto à oportunidade e conveniência das mudanças sugeridas.

As centrais estaduais de serviços eletrônicos compartilhados, conforme o Provimento CNJ 47/2015, além de se prestarem para fazer a interligação entre os serviços de registros de imóveis e os usuários, já permitem aos usuários acesso em tempo real à parte importante dos registros de todas as serventias de registros de imóveis de cada estado: os indicadores. Para tanto, os dados de indicadores são compartilhados pelos registros de imóveis com as centrais

estaduais, para facilitar o fluxo das informações e dinamizar o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis. A base compartilhada, contudo, é limitada aos indicadores, e continua sob controle dos registradores em central por eles controlada.

## 7. Considerações finais

Com este estudo, pode-se perceber as diferenças entre cadastros, SINTER e o registro eletrônico de imóveis. Percebeu-se que o registro eletrônico de imóveis não transformou de maneira estrutural o registro imobiliário, mas forneceu mais tecnologia para facilitar o trâmite de informações e títulos entre os interessados e os registros. Ainda, para a total implementação do Registro Eletrônico de Imóveis na forma regulamentada pelo Poder Judiciário, deverão existir maior segurança, testes e garantias operacionais de sistemas e tecnologias e, por hora, os registros continuam sendo realizados na forma da Lei 6.015/1973 com suporte em papel.

Percebeu-se, ainda, que o Poder Executivo Federal extrapolou sua função normativa quando invadiu competência do Poder Judiciário e, de forma contrária à regulamentação já expedida pelo Judiciário, normatizou questões atinentes ao Registro Eletrônico e à forma de acesso do fisco às informações de registros públicos.

O acesso às informações dos registros de imóveis, pelo SINTER, deverá ser feito na forma da regulamentação já realizada pelo Poder Judiciário, e não pode o fisco federal unilateralmente instituir forma de transmissão e compartilhamento de informações. Os registros de imóveis, assim como os demais órgãos públicos não vinculados ao governo federal, não estão subordinados ao Decreto do Poder Executivo Federal, e não poderão sofrer sanções por não aderirem ao sistema, na forma em que foi instituído. Os registros públicos, se não prestarem informações, ficarão sujeitos à representação do fisco ao Juiz Corregedor Permanente, que só aplicaria pena caso as normas descumpridas fossem eficazes. No caso de conflito entre o regulamento do Poder Executivo e do Poder Judiciário, prevalece o do judiciário, razão pela qual não poderia haver punição em vista do atendimento das normas emanadas do poder competente (judiciário) e inobservância de normas emanadas de autoridade incompetente (executivo).

O SINTER não se inviabiliza, apesar de tal divergência e da ineficácia de alguns dispositivos do Dec. 8.764/2016. Como ferramenta pública de gestão de informações territoriais, ele é promissor como fonte de informações para

tomada de decisões dos gestores públicos, tendo ou não informações sobre os registros de imóveis em suas camadas.

As informações cadastrais dos diversos grupos temáticos, se forem coletadas de maneira abrangente, seriam mais relevantes para as políticas públicas do que as informações sobre situação jurídica dos imóveis.

Quanto à pretensão do fisco federal em coletar informações registrais para o SINTER, resta evidente que adaptações serão necessárias para a viabilidade de sua implementação e operacionalização: além da questão de incompetência normativa, há impossibilidades materiais e operacionais que impedirão a estruturação de dados pretéritos em forma de dados nato digital estruturados. Por isso, a eventual base do SINTER, quanto aos dados de situação jurídica dos imóveis, jamais seria igual às informações dos registros públicos, ante a impossibilidade de conversão de dados pretéritos (muitos incompletos e imperfeitos) a qualquer padrão de dados nato digital estruturado. E ainda que material e operacionalmente fosse possível a estruturação de uma base integral, com todos os dados do registro (o que não é), tal base espelhada não poderia constituir um "pseudo-registro paralelo", e as informações de dados registrais eventualmente constantes no SINTER não poderiam ser acessíveis ao público em geral, ante sua ineficácia e risco de insegurança jurídica. Assim, as informações constantes em tal eventual banco de dados sobre registro no SINTER se prestariam, tão somente, como indicadores para atividades internas dos agentes públicos no exercício de suas funções.

A construção, implementação e operacionalização do SINTER precisa de maior aprofundamento, para que todos os envolvidos se sintam parte e queiram colaborar. Como visto, o decreto do SINTER não cria submissão, nem subordinação dos participantes às regras pretendidas pelo governo federal. Apenas subordina os órgãos públicos federais. Para os demais participantes, a cooperação e colaboração serão obtidas com clareza nos objetivos e resultados esperados, ausência de subjugação de um órgão ou instituição em detrimento de outro, e busca de todos pelo interesse público primário.

Os registros de imóveis, neste cenário, como instituição importante para a garantia da segurança jurídica, juntamente com o Poder Judiciário, devem estar atentos aos riscos para afastá-los. E, uma vez afastados os riscos e incompatibilidades, deverão as instituições registrais e o judiciário indicarem o melhor caminho com ferramentas colaborativas, para que a administração pública possa, da maneira mais eficiente possível, embasar-se também em dados dos registros de imóveis em benefício dos cidadãos e do desenvolvimento. Contudo, a segurança e confiabilidade do sistema registral brasileiro e da publicidade e eficácia dele decorrente deverão, sempre, de ser preservadas.

## Pesquisas do Editorial

#### Veja também Doutrina

- O estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento, de Sérgio Jacomino *RDI* 77/107-123 (DTR\2014\18610);
- Princípio da territorialidade: estudo sobre a sua relevância no registro (eletrônico) de imóveis, de Marcelo Krug Fachin Torres – RDPriv 69/169-194 (DTR\2016\23060);
- Registro de imóveis eletrônico Recomendação CNJ 9/2013 em discussão, de Sérgio Jacomino *RDI* 75/75 (DTR\2013\10164); e
- Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, de Paulo José Leonesi Maluf – RDI 80/125-142 (DTR\2016\19742).

# O SINTER E OS IRMÃOS SIAMESES DA GESTÃO TERRITORIAL. DECRETOS FEDERAIS 8.764 E 8.777 DE 2016 EM DEBATE

# THE SINTER AND THE SIAMESE TWINS OF TERRITORIAL MANAGEMENT. FEDERAL DECREES 8.764 AND 8.777 OF 2016 IN DEBATE

#### SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha. Sócio honorário do CENOR – Centro de Estudos Notariais e Registais da Universidade de Coimbra, Portugal. Presidente da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDRI. Quinto Oficial de Registro de Imóveis da cidade de São Paulo. sergiojacomino@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: A regulamentação da Lei 11.977/2009 pelo Executivo Federal – riscos e oportunidades. Neste opúsculo, discute-se a extrapolação dos limites regulamentares na criação do SINTER – Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais e a apropriação dos dados dos Cartórios de Registro de Imóveis brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Registro eletrônico - Serviço de registro eletrônico de imóveis - SINTER - Gestão territorial.

ABSTRACT: The regulation of Law 11.977/2009 by the Federal Executive – risks and opportunities. In this brief treatise, we discuss the breaking of regulation legal limits in creating the SINTER – National System of Territorial Information Management and the data appropriation from the Brazilian registry offices.

**Keywords:** Electronic registry – Electronic land registry service – SINTER – Territorial management.

Sumário: 1. Introdução. 2. Quando o acessório se torna o principal. 3. Fatos, versões e subversões. 4. O epicentro regulamentar. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

O advento do Dec. 8.764, de 10.05.2016, ao instituir o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais – SINTER, regulamentando o disposto no

art. 41 da Lei 11.977, de 07.07.2009, dividiu as opiniões e suscitou apaixonadas discussões.

O SINTER deu curso a controvérsias tornadas crônicas a respeito das funções e atribuições de instituições tão próprias, específicas, singulares, como o são o cadastro e o registro de imóveis. Parece que o velho problema novamente se apresenta, agora de modo agudo.<sup>1</sup>

O Dec. 8.764, de 10.05.2016 é um diploma serôdio. Em má hora veio baralhar os conceitos que definem as duas instituições que se interrelacionam na gestão territorial e na publicidade de situações jurídicas. A peça regulamentar pretende alçar-se à condição de referência na instituição de normas gerais para criação e modelagem de um cadastro técnico multifinalitário de áreas urbanas. Pretende tornar-se padrão na formação da base de dados, de caráter nacional, do Registro de Imóveis brasileiro.

Nesse sentido, revela-se um instrumento inadequado. A via eleita não é própria (decreto), os órgãos públicos integrantes do SINTER não se sujeitam a suas regras de modo compulsório, como seria esperável caso fossem estabelecidas por lei. As entidades e órgãos integrantes do sistema poderão aderir (ou não) mediante celebração de convênios (inc. IV do art. 3.º cc. inc. III do art. 4.º cc. § 4.º o do art. 10). A compulsoriedade revela-se e colhe, única e tão-somente, os registros públicos brasileiros, que às suas regras deverão se sujeitar, sob pena de responsabilidade administrativa (§ 4.º do art. 5.º).

### 2. QUANDO O ACESSÓRIO SE TORNA O PRINCIPAL

O Decreto do SINTER não se apresenta como um instrumento capaz de realizar com eficiência a gestão territorial, como se propagandeou. Os objetivos que o inspiraram parecem ser outros, mais amplos. Não estamos diante do estabelecimento de regras gerais acerca de cadastros técnicos imobiliários multifinalitários que deveriam ser organizados, geridos, mantidos e atualizados

<sup>1.</sup> A questão vem sendo revolvida desde a primeira metade do século XX, na célebre diatribe que envolveu juristas como Filadelfo Azevedo, Serpa Lopes, Soriano Neto, dentre muitos outros, acerca do valor probatório do Registro. *Brevitatis causa*: Azevedo. Filadelfo. *Registro de imóveis: valor da transcrição*. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1933, 91 p. A expressão que encabeça este opúsculo se encontra em texto apresentado aos alunos do curso de pós-graduação de Direito Urbanístico, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Cfr. *Cadastro, Registro e outras confusões históricas*. São Paulo: IRIB in Boletim do IRIB n. 327, jul./ago. 2006. Na internet, disponível em:[https://goo.gl/v4yK6O] Acesso em: 20.5.2016).

no âmbito das administrações públicas municipais e estaduais, na consecução de seus interesses peculiares – a exemplo do que ocorre com o CNIR – cadastro de propriedades rurais.<sup>2</sup> No máximo, o sistema constituiu um mecanismo de acesso a informações de caráter pessoal e patrimonial, confiadas tradicionalmente aos Registros Públicos brasileiros, erigindo um sistema homólogo, especular, a emular estruturas e finalidades próprias do Registro de Imóveis, impondo atribuições, encargos e responsabilidades que extrapolam as bitolas regulamentares, invadindo atribuições do Poder Judiciário, imiscuindo-se em questões a ele afetas, como se verá.

O Dec. 8.764/2016 coordena-se com outro, baixado na mesma data, que instituiu a política de dados abertos do Poder Executivo Federal.<sup>3</sup> O concurso dos dois diplomas regulamentares abre as portas para o acesso às informações registrais, mantidas sob a guarda e custódia dos registros públicos, garantindo o seu escrutínio pelos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, escancarando-a a todo e qualquer interessado, seja ele uma entidade pública ou mesmo privada. Voltaremos ao tema da tutela e preservação dos dados de caráter pessoal mantidos pelos Cartórios de Registros Públicos brasileiros.

Nunca é demais relembrar que a função primacial dos registros públicos é garantir a titularidade da propriedade e dos direitos reais e proporcionar informações seguras acerca da situação jurídica de bens e direitos de caráter privado, mediante o processo técnico de publicidade registral, instituído para que a sociedade possa intercambiar bens e direitos com segurança jurídica, garantia e previsibilidade.

Já os cadastros técnicos imobiliários multifinalitários, centram-se na constituição de um inventário territorial oficial e sistemático embasado no levantamento dos limites de cada parcela, que recebe uma identificação numérica inequívoca.<sup>4</sup>

A interação dos Registros Públicos com a administração pública representa um elemento acessório, relevante, porém alheio às suas funções fundamentais.

<sup>2.</sup> Cfr. Lei 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e, especialmente, a Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001, que alterou dispositivos das Leis 4.947/66, 6.015/73, 6.739/79, 9.393/96 e criou o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR.

Decreto 8.777, de 11 de maio de 2016.

<sup>4.</sup> CUNHA. Eglaisa Micheline Pontes. ERBA. Diego Alfonso. Manual de Apoio – CTM: Diretrizes para a criação, instituição e atualização do cadastro territorial multifinalitário nos municípios brasileiros. Brasília: Ministério das Cidades, 2010, p. 15.

A coadjuvação dos órgãos registrais aparelhando os estatais deve vir remarcada claramente pela lei. Deve o registrador prestar informações à administração pública, sempre que solicitado, nos termos do art. 41 da Lei 11.977/2009 cc. parágrafo único do art. 17 da LRP. Mesmo as informações transmitidas à Receita Federal pela DOI (declaração sobre operações imobiliárias) têm escopo de mera fiscalização tributária (art. 15 do Dec.-lei 1.510, de 27.12.1976) e não podem passar disso.

Já os termos abrangentes do Dec. 8.764, de 10.05.2016 extrapolam, de modo gravoso, os limites impostos pela lei.

Enfim, o acessório converteu-se no principal.

# 3. Fatos, versões e subversões

A imprensa brasileira repercutiu o advento do regulamento de modo a sugerir que se criou, no Brasil, finalmente, um sistema integrado de registro de imóveis que, acima de tudo, proporcionará "maior segurança jurídica" à sociedade brasileira. Na opinião de especialistas, o SINTER "permitirá que a Receita crie obstáculos para a transmissão de propriedade ou registro de garantia se ela sabe que aquele devedor está no limite", na opinião de uma advogada militante. Para isso, naturalmente, a Receita Federal deverá receber e homologar cada inscrição, devolvendo o seu *nihil obstat* em relação a consumação de cada

<sup>5.</sup> Por exemplo, os Registros Públicos devem fiscalizar o recolhimento dos tributos devidos em decorrência dos atos praticados. V. art. 289 da LRP cc. inc. XI do art. 30 da Lei 8.935/1994 cc. inc. VI do art. 134 do CTN.

<sup>6. &</sup>quot;O governo federal divulgou nesta quarta-feira (11) as regras para criação do sistema de registro único de imóveis, que será administrado pela Receita Federal". (Folha de SP, 11.5.2016, acesso: [http://goo.gl/ToDwEu]). "A ideia do Sinter é centralizar em um único banco de dados todas as informações sobre o registro de terras e imóveis no país, que atualmente é descentralizada" (Valor Econômico de 11.5.2016, acesso: [http://goo.gl/iH8v8A]); "O novo sistema é necessário porque na atual sistemática há uma dificuldade de identificar os bens e seus proprietários em âmbito nacional para promover ações de interesse público, pelo simples fato de que as informações estão atomizadas, disseminadas em milhares de serventias extrajudiciais em todo o país". Logo a seguir: "a medida traz grandes benefícios para a sociedade, especialmente na segurança jurídica, que se traduz no exercício pacífico do direito de propriedade e na proteção ao crédito, ao mercado imobiliário e aos investimentos a ele inerentes". (Site da Receita Federal: [http://goo.gl/GjJeQD]).

<sup>7.</sup> Vide: Receita irá monitorar imóveis em tempo real. Cartórios deverão informar à Receita Federal cada ato registral. In: Diário do Comércio e Indústria, edição de 23.5.2016.

ato registral praticado pelo Oficial, constituindo-se, assim, num super-registro extravagante. Esta é configuração de interoperabilidade do "fluxo dinâmico de dados jurídicos produzidos pelos serviços de registros públicos" prevista no decreto (art. 1.º).

Na avulsão de notas laudatórias da imprensa gostaria de destacar a matéria veiculada pela *Revista Época* por revelar, além dos objetivos do órgão gestor, consubstanciados no *release* da Receita Federal, a posição crítica de FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS, diretor de informática e tecnologia do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Acerca do controle do processo registral, anota:

"[O] controle da propriedade imobiliária no Brasil é operado pela sociedade, por meio dos cartórios de registros de imóveis, que estão na galáxia do Poder Judiciário e são instrumentos de garantia do Estado de Direito, para concretização do direito de propriedade e de sua função social. O decreto é uma afronta ao direito do povo brasileiro. Isso tem que ficar na mão da sociedade".8

A opinião do registrador paulista contrasta com as posições do próprio Instituto, que apoia desde sempre a iniciativa do Governo Federal, festejando o advento do decreto. O entusiasmo manifestado por parte da categoria é indiscutível. O IRIB abriu um canal em seu *site* para a recolha de sugestões para a efetiva implementação do Decreto.<sup>9</sup>

Entre os que apoiam o SINTER e aqueles que o criticam de modo acerbo, acham-se outros que o receberam com muitas restrições e admitem que o

<sup>8.</sup> Dilma obriga cartórios a comunicar todas transações à Receita. Disponível em: [http://goo.gl/WLmDM1] Acesso em: 20.5.2016. Flauzilino Araújo dos Santos vinha lançando reiteradas advertências a respeito da necessidade e oportunidade de se armar um bom sistema de registro de imóveis em meios eletrônicos aproveitando o mote dado pela Lei 11.977/2009: "Lamentavelmente, interesses subjacentes e ignorância sobre o assunto laboraram conjuntamente em resistência à regulamentação colocada em consulta pública pela Corregedoria Nacional de Justiça, apresentando volumosas objeções, que restou prejudicada. (...). Quot capita, tot sensus!". Registro de Imóveis Eletrônico. São Paulo: CNR. Disponível em: [https://goo.gl/B27znr] Acesso em: 20.5.2016.

<sup>9.</sup> Boletim do IRIB de 17.5.2016. Disponível em: [http://goo.gl/lacpKu] Acesso em: 20.5.2016. Promover o SINTER é um dos objetivos que se acha inscrito no programa de governança da atual gestão do Instituto: "fomentar o desenvolvimento e a aplicação do Registro Eletrônico, concentrando esforços para que a implantação da Central Nacional de Indisponibilidades e o Sistema de Registro Eletrônico – Sinter venham a ser uma realidade nacional disponibilizada pelos mais de 3.600 registradores imobiliários brasileiros". Disponível em: [https://goo.gl/CdnJRK] Acesso em: 20.5.2016.

tema, mal discutido entre os registradores públicos, deveria ser aprofundado e meditado não só por registradores, mas por toda a sociedade brasileira.

Neste último grupo me situo, com todo o respeito e consideração que devoto aos que defendem a regulamentação da matéria pelo Executivo brasileiro.

A fim de colaborar com o debate, indico algumas questões que poderiam ser objeto de reflexão atenta e cuidadosa por todos os que estão envolvidos com o Registro de Imóveis em sua modalidade eletrônica.

Essas e outras questões serão debatidas internamente em núcleo de especialistas especialmente criado no âmbito da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDRI. Este texto deverá ser apreciado por seus membros e oportunamente divulgado.<sup>10</sup>

### 4. O EPICENTRO REGULAMENTAR

Tomo como base, para desenvolver este pequeno estudo, o disposto no art. 41 da Lei 11.977, de 07.07.2009 que se acha na epígrafe do decreto. Será este dispositivo legal, conjugado com o art. 84, *caput*, incisos IV e alínea "a" do inc. VI, da Constituição da República, que serviu de lastro para o decreto do SINTER.

Vamos, pois, analisar com atenção o disposto no artigo 41 da Lei 11.977, de 07.07.2009, assim redigido:

Art. 41. A partir da implementação<sup>1</sup> do sistema de registro eletrônico de que trata o art. 37,<sup>2</sup> os serviços de registros públicos disponibilizarão ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo federal,<sup>3</sup> por meio eletrônico e sem ônus, o acesso às informações constantes de seus bancos de dados,<sup>4</sup> conforme regulamento.<sup>5</sup>

Decompondo seu articulado, temos:

(1) A partir da implementação...

O pressuposto lógico do art. 41 *é a pré-existência* do Registro Eletrônico *perfeitamente estruturado e em funcionamento*. Será *a partir de sua implementação* – não antes, não depois – que se disponibilizará o acesso aos seus bancos de dados (*rectius*: dos próprios serviços de Registros Públicos).

Ora, o Registro de Imóveis Eletrônico estreou entre nós por ato normativo baixado pelo Poder Judiciário, no âmbito de suas atribuições e prerrogativas constitucionais. Trata-se do Provimento 47, de 18.06.2015, baixado pela Corregedoria Nacional de Justiça, que estabeleceu diretrizes gerais para o sistema

Núcleo de Estudos Avançados sobre Registro de Imóveis Eletrônico – NEAR, criado pela Portaria 1/2016 da ABDRI.

do SREI – Registro de Imóveis eletrônico. Cumpriu-se, assim, o comando legal que se acha indicado na parte final do referido art. 41.

O Judiciário atraiu para si a tarefa de regulamentar a lei, assumindo, em sua inteireza, a competência legal e constitucional para baixar atos normativos sobre a organização interna de seus órgãos, inclusive os registrais (arg. dos incs. I e III, § 4.º, do art. 103-B da EC 45/2004).

O ato normativo do CNJ previu, com muita antecedência, que o intercâmbio de informações entre a administração pública e os registradores se daria por intermédio de "centrais de serviços eletrônicos compartilhados que se criarão em cada um dos Estados e no Distrito Federal".<sup>11</sup>

Parece evidente, pela simples leitura do dito art. 41, que a lei não cometeu ao Poder Executivo a incumbência de implementar o registro eletrônico, nem, tampouco, se lhe deferiu a competência para sua regulamentação ou controle das centrais eletrônicas que já estão em funcionamento nos Estados. Neste ponto, o decreto desbordou dos lindes regulamentares e avançou, como se verá em detalhe a seguir, sobre áreas de competência do Poder Judiciário.

Como redigido, o advento temporão do Dec. 8.764/2016 representa uma colisão frontal com a própria Lei 11.977/2009 (art. 37) e com a regulamentação já consumada pelo Judiciário. Além disso, sua edição promove, na prática, a captura e o condicionamento da operação das Centrais Estaduais, já em funcionamento, a cargo dos registradores de cada estado da federação.

É o que se pode ler do seu art. 7.º:

Art. 7.º O acesso dos órgãos e das entidades da administração pública federal às centrais de serviços eletrônicos compartilhados de registradores para operações de consulta, visualização eletrônica de matrículas e de títulos, requisição e resposta *será operado exclusivamente por meio de interface do Sinter*, que será responsável pela habilitação, pela identificação e pelo controle de acesso de seus usuários.

Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará a política de segurança e os parâmetros de solução aplicados na comunicação entre o Sinter e as centrais de serviços eletrônicos compartilhados de registradores.

Pergunta-se: o sistema de informações, que no Estado de São Paulo opera há quase 20 anos sob a coordenação e fiscalização do Poder Judiciário, será

<sup>11.</sup> Cfr. inc. I do art. 2.° cc. art. 3.° do dito provimento.

condicionado pelas políticas de operação e gestão definidas pelo SINTER?<sup>12</sup> O Judiciário sujeitar-se-á às regras disciplinadoras do acesso às informações baixadas pelo Executivo (art. 4.º do Decreto)? O próprio CNJ, que reconheceu a autonomia dos registradores para criar, organizar e operar as centrais estaduais (§ 1.º do art. 3.º do Provimento 47/2015), admitirá a ineficácia de suas próprias regras, sua "revogação" parcial, implícita, promovida por meio de decreto do Executivo?

A própria Receita Federal anunciou, em nota divulgada à imprensa que "o resultado desse conjunto de medidas estruturantes será o *fortalecimento do pacto federativo* e das funções *registral* e *fiscalizatória*, bem como da melhoria do ambiente de negócios do País". <sup>13</sup>

Porém, não nos parece que haverá o fortalecimento do pacto federativo, nem aperfeiçoamento da função fiscalizatória, muito menos, ainda, da atividade registral. De um só lance, o Executivo vem de solapar as atribuições cometidas aos órgãos judiciários e registrais de cada Estado, criando um registro centralizado e unificado, sob gestão e guarda do Executivo, malferindo, assim, o pacto federativo. Avança sobre atribuições próprias do Poder Judiciário, a quem compete fiscalizar e disciplinar os serviços registrais (§ 1.º do art. 236 da Constituição Federal cc. art. 103-B da EC 45/2004 e inc. XIV do art. 30 da Lei 8.935/1994). Finalmente, abala a atribuição cometida, pela lei, aos próprios registradores na missão de estruturar e operar o Registro de Imóveis eletrônico, fortalecendo a instituição.

Não nos esqueçamos que, timbrando pelo princípio de preservação das competências estaduais, o regulamento do Poder Judiciário, baixado por inter-

<sup>12.</sup> Desde o ano de 1997, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Corregedoria-Geral, vem baixando atos normativos para a modernização do sistema registral. O Provimento CG 25/1997, por exemplo, regulamentou a "requisição de certidões, via telemática, a uma ou diversas serventias imobiliárias da Capital, bem como entrega de certidões em qualquer serventia, de livre escolha do usuário, com possibilidade de remessa a seu domicílio, via postal". Posteriormente, em 2007, foi baixado o Provimento CG 6/2009, de 13.4.2009, *DJe* 14.4.2009, des. Ruy Pereira Camilo, para regulamentar a requisição de informações. O longo percurso regulamentar no Estado de São Paulo culminou com a edição do Provimento CG 42/2012, de 17.12.2012, *DJe* de 19.12.2013, do des. José Renato Nalini, que dispôs sobre a implantação do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) no Estado de São Paulo e operação da Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados dos Registradores de Imóveis (Central Registradores de Imóveis).

<sup>13.</sup> Conferir: "Unificação de dados traz simplificação e mais segurança na titularidade de imóveis". Site da Receita Federal: [http://goo.gl/GjJeQD], acesso em: 19.5.2016.

médio do Conselho Nacional de Justiça, consagrou *regras gerais*, estabeleceu *diretrizes*, que deverão reger a criação das CENSEC´s estaduais pelas Corregedorias-Gerais de Justiça locais, a quem competirá, *in suo ordine*, a complementação e a compatibilização de seus dispositivos com as regras gerais baixadas pelo CNJ (inc. VIII do art. 1.º cc. § 1.º do art. 3.º do Provimento CNJ 47/2015).

É evidente que a criação do SINTER representa, claramente, um oneroso bis in idem regulamentar, já que replica um sistema concorrente, redundante, emparelhado com o criado por ato regulamentar do Poder Judiciário.

A criação do SINTER é uma iniciativa anacrônica, ruinosamente simétrica às que levaram o Executivo a gestar sistemas concorrentes no âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, com a instauração de verdadeira babel informativa, com grande dispêndio de recursos públicos e privados (de registradores).<sup>14</sup>

(2) "[Registro] eletrônico de que trata o art. 37".

O que reza o art. 37 da Lei 11.977/2009? Vejamos:

Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei 6.015, de 31.12.1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

Note-se, à partida: não será a administração pública federal, nem a administração judiciária, que criarão e farão a gestão e a manutenção do sistema de registro de imóveis eletrônico. Pela estrita literalidade da Lei, essas atribuições foram cometidas aos "serviços de registros públicos de que trata a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973". Serão os próprios registradores que instituirão o registro eletrônico, nos prazos e condições previstas em regulamento.<sup>15</sup>

O Poder Judiciário, a quem compete regulamentar a atividade (arg. do inc. XIV do art. 30 da Lei 8.935/1994 e art. 103-B da EC 45/2004), tem, ao

<sup>14.</sup> Basta conferir a balbúrdia informacional criada pelo advento do CIRC – Sistema Nacional de Informações de Registro Civil, instituído pelo Decreto 8.270, de 26.6.2014 em contraste com o CRC – Central de Informações do Registro Civil, instituído pelo Provimento CNJ 38 de 25.07.2014, posteriormente revogado pelo Provimento CNJ 46/2015 de 16.6.2015, *Dje* de 18.6.2015, da min. Nancy Andrighi. Atualmente convivem ambos os sistemas, gerando redundância, retrabalho e confusão. O problema só não é ainda maior porque se deliberou a suspensão do SISOBINET – Sistema informatizado de óbito, criado com base nos art. 68 da Lei 8.212/1991.

<sup>15.</sup> O mesmo princípio foi observado no Provimento CNJ 47/2015 que em seu art. 2.º estabeleceu que o Registro Eletrônico "deverá ser implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada Estado e do Distrito Federal e dos Territórios". E mais: as centrais eletrônicas estaduais deverão ser criadas "pelos respectivos oficiais de registro de imóveis" (§ 1.º do art. 3.º).

longo de vários anos, baixado provimentos para regular os serviços eletrônicos prestados pelos próprios registradores, por intermédio de suas entidades de classe. <sup>16</sup>

De modo harmônico e producente, o Judiciário, aliado aos chamados "órgãos dos serviços notariais e de registro", <sup>17</sup> vêm ao longo do tempo consolidando um ambiente de interação, comunicações e gestão do Registro de Imóveis por meios eletrônicos que satisfaz as necessidades sociais e econômicas do país, proporcionando respostas eficazes às demandas por modernização do sistema registral pátrio. O Judiciário, baixando atos normativos para regular e disciplinar as atividades registrais e notariais; os órgãos registrais, dando concretude às regras que disciplinam a criação ou migração de dados aos novos meios eletrônicos, prestando seus serviços em novos canais de acesso à informação e comunicação.

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015) a competência definidora do poder regulamentar do Judiciário, já tradicional entre nós, se renova e aprofunda. Nos termos do art. 196 do CPC, compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, "regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código". E o art. 837 complementa o quadro: "obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico".

Concluiu-se que o Executivo Federal se imiscuiu em seara alheia, cooptando atribuições próprias de órgãos judiciários e registrários, instaurando sistemas espelhados e redundantes de informação pessoal e patrimonial dos privados.

(3) Os "registros públicos disponibilizarão ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo federal"

Para uma visita ao conjunto regulamentar no Estado de São Paulo, acesse: [https://goo.gl/8WDI2V].

<sup>17.</sup> Assim o art. 103-B da EC 45/2004 qualifica os notários e registradores, recuperando a maravilhosa expressão consagrada por João Mendes de Almeida Jr. em seu festejado *Órgãos da fé pública*. São Paulo, Saraiva, 1963, 186 p.

Note-se que o Registro Eletrônico é fundamentalmente um portal de acesso, por meios eletrônicos, que se acha aberto às diversas unidades de Registro de Imóveis espalhadas por todo o território nacional, bem como à administração pública federal e ao Poder Judiciário.

Disponibilizar o acesso à informação registral *certamente não é o mesmo que assenhorar-se dela*. O Decreto subverte o sentido da norma e cria um verdadeiro núcleo informativo de cariz pessoal e patrimonial no coração do estado brasileiro – e isto sem delegação legal-constitucional.

Por outro lado, a regulamentação da Lei 11.977, de 2009 não previu uma mudança substancial nos meios tradicionais de suporte de informação. Os livros de Registro, previstos nos arts. 3.º e seguintes, combinados com os art. 173 da Lei 6.015/1973, permanecem exatamente como se acham desde a sua criação: livros em papel, escriturados ao modo tradicional, nos termos do arts. 3.º e 4.º cc. inc. I do art. 231 da LRP. Será com base nesses livros e repositórios que os registradores haverão de haurir as informações necessárias para formar o painel dominial para a expedição de certidões e para prestação de informações (art. 16 cc. art. 18 da LRP).

Os repositórios registrais eletrônicos foram previstos na regulamentação do CNJ para acolher tão-somente os documentos que originariamente foram concebidos como nato-digitais, assinados digitalmente, apresentados em formato eletrônico aos cartórios, tudo de acordo com a faculdade contida no art. 10 da MP 2.200-2, de 2001.<sup>18</sup>

A escrituração registral, feita de modo inteiramente eletrônico, com a substituição dos meios tradicionais, foi adrede postergada entre nós. <sup>19</sup> Não é factível, nem tampouco seguro, que se faça a substituição integral dos suportes da informação registral no atual estágio tecnológico do país. Não se operou, entre nós, a migração denominada *big bang* de substituição dos meios tradicionais em papel por repositórios inteiramente eletrônicos a partir de uma data prédeterminada. Essa modalidade de implantação dos chamados registros eletrônicos é firmemente criticada em fóruns internacionais que tratam da matéria. <sup>20</sup>

<sup>18.</sup> Inc. IV do art. 2.° cc. art. 7.° do Provimento 47, de 18.06.2015.

<sup>19.</sup> Art. 6.° do Provimento 47, de 18.06.2015.

<sup>20.</sup> Assim se pronunciou Nicolas P. Nogueroles no Congresso do Cinder, realizado em 2014 na cidade de Santiago do Chile: "Las reformas big-bang no existen en materia de registros, salvo que se pretenda destruir un sistema. Las reformas son graduales, requieren tiempo y responder a las verdaderas exigencias de los ciudadanos. Los países que han sido capaces de evolucionar hacia un registro de derechos han necesitado

A implantação do Registro Eletrônico deveria ser progressiva. Era o esperável, como consagrado na regulamentação paulista no art. 4.º do Provimento CG 42/2012:

Art. 4.º Até que sobrevenha a regulamentação pela Corregedoria Geral da Justiça, a escrituração em meio eletrônico, sem impressão em papel, restringe-se aos indicadores reais e pessoais, controle de títulos contraditórios, certidões e informações registrais.

De fato, os livros auxiliares – indicadores pessoal e real (inc. IV e V do art. 173 da LRP) – hoje podem ser escriturados eletronicamente. Mas os dados não serão substancialmente diferentes daqueles que podem ser obtidos das Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados.<sup>21</sup>

Admitindo-se, *ad argumentandum*, que os livros indicadores real (art. 179 da LRP) e pessoal (art. 180 da LRP) representem, atualmente, livros estruturados e mantidos em bancos de dados, formando os repositórios eletrônicos de que trata o Provimento CNJ 47/2015 (item "d" do art. 2.º), ainda assim seria necessário observar estritamente a regra consagrada no art. 22 da LRP, combinado com art. 46 e seu parágrafo único da Lei 8.935/1994. *Verbis*:

Art. 22. Os livros de registro, bem como as fichas que os substituam, somente sairão do respectivo cartório mediante autorização judicial.

(...)

Art. 46. Os livros, fichas, documentos, papéis, microfilmes e sistemas de computação deverão permanecer sempre sob a guarda e responsabilidade do

muchos años, incluso siglos, y lo han hecho progresivamente (Australia, Escocia o Irlanda). La simple introducción de nuevas tecnologías no supone necesariamente una mejora de la tecnología jurídica, antes al contrario, si no se mejora la tecnología jurídica puede perpetuar los vicios e inseguridades anteriores y aun potenciarlos. La historia nos muestra que hasta los opositores al establecimiento o desarrollo de los sistemas registrales han aceptado las reformas a cambio de beneficiarse de la claridad del registro para el ejercicio de su función, sin que ello aproveche a los ciudadanos. (Site: http://goo.gl/7XTNXw, acesso em: 21.3.2016). Cfr. Do mesmo autor: ¿reforma big bang o reforma gradual? inglaterra y alemania: dos reformas recientes. In Folivm-CNJ-CGJSP-USP-ARISP – em [https://goo.gl/pStttQ] – acesso na mesma data.

<sup>21.</sup> A ARISP mantém convênio com um grande número de órgãos da administração pública – inclusive a própria Receita Federal. Trata-se do convênio firmado a 24.7.2009 com o Superintendente da Receita Federal do Brasil da 8.ª Região – firmada pelo Dr. Luiz Sérgio Fonseca Soares. Disponível em: [https://goo.gl/O8l4wh] Acesso em: 21.5.2016.

titular de serviço notarial ou de registro, que zelará por sua ordem, segurança e conservação.

Parágrafo único. Se houver necessidade de serem periciados, o exame deverá ocorrer na própria sede do serviço, em dia e hora adrede designados, com ciência do titular e autorização do juízo competente.

A regra consagrada no art. 41, que ora comentamos, estabelece um procedimento que deve observar rigorosamente o *iter* legal, cujo percurso é obrigatório. As etapas desse caminho compreendem: (a) requisição de informações, por meios eletrônicos, dirigida aos cartórios de Registro de Imóveis, nos termos do parágrafo único do art. 17 da LRP; (b) pesquisa nos livros de registro, documentos, papeis (art. 18, *in fine*, da LRP), mantidos sob a guarda e responsabilidade do registrador, que (c) procederá à apuração e à definição da situação jurídica dos bens objeto de registro (art. 16 da LRP), (d) dando resposta à requisição deprecada pelo Poder Judiciário ou pelo Executivo federal.

O Dec. 8.764, de 10.5.2016 inverteu essa ordem tradicional (e legal) ao estabelecer outra, qual seja: os Registros Públicos deverão disponibilizar à administração federal, sem prévia requisição, toda a base constante dos seus livros, papeis e arquivos, na forma de "documentos nato digitais estruturados que identifiquem a situação jurídica do imóvel, do título ou do documento registrado" (art. 5.º).

Digno de nota é o fato de que o referido art. 5.º não estabeleceu claramente o escopo da entrega compulsória, nem definiu, à partida, prazos para o envio. O prazo carencial, previsto no § 2.º do art. 5.º, é ânuo, contado a partir "da data de publicação da primeira versão do Manual Operacional". Não se revela o que, após o interregno, se entregará. Tudo se mostrará com nitidez após o advento do Manual Operacional. Tal regimento, baixado pelo próprio governo (inc. II do art. 4.º) poderá ampliar, modificar, modular os dispositivos do decreto, o que na prática poderá representar a magnificação dos encargos e responsabilidades dos registradores, adstritos à sua observância subserviente e obrigatória. Pode, dito Manual, estabelecer, por exemplo, que os registradores deverão formalizar os "documentos nato digitais estruturados que identifiquem a situação jurídica do imóvel, do título ou do documento registrado" de todos os imóveis matriculados na serventia em prazos estabelecidos ao seu alvedrio.

<sup>22.</sup> Tenho a nítida impressão de que as questões tormentosas, que receberam forte oposição e mereceram uma crítica acerba dos registradores na série de encontros promovida pela Receita Federal, serão tratadas neste Manual Operacional. Os vários, diversos, dispositivos que a ele aludem nos dão a certeza de que o decreto é falto de substancialidade, no sentido de revelar, claramente, o que realmente se pretendeu com a sua edição.

Além disso, tais informações, uma vez depositadas compulsoriamente nos repositórios eletrônicos estatais, deverão ser atualizadas, "dinamicamente", após a prática de cada ato registral, no prazo estabelecido pelo dito Manual Operacional.

Por fim, o Decreto do SINTER abre uma janela não só para a constituição de um registro paralelo, redundante, espectral dos tradicionais Registros Públicos, como inova, em atropelo aos bordes regulatórios, ao estabelecer a exigência de prestação, pelos órgãos registrais, de "outras informações que sirvam para fins de estatística" (§ 3.º do art. 5).

Ora, os registradores somente estão obrigados a expedir certidões e prover informações acerca de dados que possam ser hauridos diretamente de seus livros de registro ou de documentos arquivados no cartório e que tenham acedido como título formal com todos os seus documentos adjuntos, necessários à prática de atos de registro (art. 17, *caput*, cc. art. 18 da LRP).

Exigir a configuração da situação jurídica dos bens matriculados e prover o estado de "outras informações que sirvam para fins de estatística" representa, na prática, a criação de encargos não previstos em lei, que vão representar despesas cujo custeio não se acha previsto nem na lei, nem, tampouco, no malsinado regulamento.

Tal dinâmica de interconexão claramente subverte a regra do art. 41 da Lei 11.977/2009 que prevê, tão somente, um canal de intercâmbio de informações e não a constituição de um registro paralelo, unitário, centralizado, fantasmal, que julgamos ilegal e inconstitucional.

No limite, o tradicional modelo organizativo do sistema registral pátrio, em que há a dispensação de competências próprias aos órgãos registrais, com o exercício pessoal e indelegável de tais atividades, com a garantia de independência jurídica e autonomia em sua ordem, <sup>23</sup> essa configuração institucional será francamente abalada por um modelo centralizado, unitário, reconvertido e submetido à hierarquia de entes administrativos. <sup>24</sup>

<sup>23.</sup> Art. 28 da Lei 8.935/1994.

<sup>24.</sup> A função registral é, por imperativo constitucional, "exercida por meio de descentralização administrativa por colaboração". Essa configuração será fulminada, tornando os registradores meros copistas da titulação. Cfr. RIBEIRO. Luís Paulo Aliende. Regulação da função pública notarial e de registro. Saraiva: 2009, p. 56, n. 2.2.

Eis delineado o perigo da administrativização do Registro Público brasileiro, sombrio vaticínio de RICARDO DIP.<sup>25</sup>

Por essas e outras tantas razões, a regra consubstanciada no decreto há de ser considerada inconstitucional, especialmente porque afronta, precisamente, as disposições constitucionais que serviram de base para a sua decretação (art. 84, *caput*, IV e alínea "a" do VI, da Constituição da República).

(4) "Informações constantes de seus bancos de dados"

Além do pronome "seus", que aponta inequivocamente para a sede substantiva dos dados, que não se desloca, o tema em destaque, aqui, convoca o da proteção de dados de caráter pessoal e o da tutela privada de interesses que se relacionam à preservação da privacidade de dados conformativos dos registros.<sup>26</sup>

A quem compete zelar pelos dados de caráter pessoal e patrimonial dos cidadãos que vêm embalados pelos títulos que são apresentados voluntariamente aos Registros Públicos pátrios? Responde-se, sem hesitação: aos registradores. Estes são os guardiões dos livros de registro, responsáveis pela sua vigilância, custódia, guarda. Devem fazê-lo em segurança, em caráter permanente, respondendo pela sua ordem e conservação (art. 24 da LRP). Mas não é só. O Oficial do Registro deve zelar e conservar seus livros de registro, mas,

<sup>25.</sup> DIP, Ricardo. Direito administrativo registral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30, item 4, passim. Em outra passagem, diz o festejado autor: "[é] muito necessário observar, a propósito (e sempre salvas as intenções), que essa insinuação do direito administrativo termina por (1) recusar autonomia ao direito imobiliário registral, (2) publicizando-o de modo predominante, em prejuízo de sua classificação no âmbito de direito privado, e (3) preparando a ideia da administrativização (rectius: estatalização) do exercício das funções registrais. Isso é assim como dar alojamento a soldados, 'dos quais se diz que no primeiro dia são hóspedes comedidos, no segundo amigos confiados, no terceiro senhores insolentes' (BERNARDES, Nova Floresta, Título I, II)". Vide também: Do conceito de direito registral imobiliário. Porto Alegre: safE, 2005, p. 54, e O estatuto profissional do notário e do registrador. Op. cit., p. 558, passim.

<sup>26.</sup> O tema da preservação e proteção de dados de caráter pessoal é atualíssimo. Não é o objetivo deste opúsculo enfrentar as questões que o tema suscita. Deixo indicado, de passagem, que o decreto colide com o disposto nos incs. II e III do art. 3.º e no art. 11 da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Sobre o tema do aparente binômio tensivo – publicidade registral versus privacidade – indico: RIBEIRO. Luís Paulo Aliende. Publicidade registral e direitos da personalidade. Revista de Direito Imobiliário n. 59, jan./jul. 2005. DIP, Ricardo. Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral versus direito à privacidade. Revista de Direito Imobiliário n. 63, jul./dez. de 2007.

igualmente, deve manter preservados as "fichas, documentos, papéis, microfilmes e sistemas de computação" que deverão permanecer sempre sob a sua guarda e responsabilidade, zelando pela sua ordem, integridade, incolumidade, segurança e conservação (art. 46 da Lei 8.935/1994).

Os livros, sejam eles constituídos por suporte cartáceo ou por repositórios eletrônicos, digitais, micrográficos, etc., devem ser mantidos sob a estrita guarda e conservação do registrador.

Os Registros Públicos são instituições criadas para a tutela e garantia de *interesses privados* (art. 1.º da LRP cc. art. 1.º da Lei 8.935/1994). Os seus registros devem ser mantidos preservados – inclusive em face do escrutínio do próprio estado – salvo quando esses dados forem requisitados pela autoridade judicial ou administrativa, nos termos da lei. Essa é a teleologia que se pode extrair de todo o sistema de tutela pública de interesses privados e, especialmente, do art. 22 da LRP que reza que os "livros de registro, bem como as fichas que os substituam, somente sairão do respectivo cartório mediante autorização judicial".

A mesma Lei de Registros Públicos estabelece a regra e define os padrões de intercomunicação com a administração pública no seu art. 17, que trata da lavratura da certidão e prestação de informações. Diz o parágrafo único:

"O acesso ou envio de informações aos registros públicos, quando forem realizados por meio da rede mundial de computadores (internet) deverão ser assinados com uso de certificado digital, que atenderá os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP".

O Sistema criado pelo Dec. 8.764/2016 inter-relaciona-se com o ambiente criado pelo Dec. 8.777/2016, ambos baixados no mesmo dia. O tema da guarda e preservação dos livros de registro e de seus dados se liga, intimamente, à proteção de dados de caráter pessoal que informam e consubstanciam os livros de registro.

O Dec. 8.777/2016 instituiu a *Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal* que tem por objetivos, dentre outros, promover a "publicação de dados contidos em bases de dados de órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional sob a forma de dados abertos" (inc. I do art. 1.°). Qualquer cidadão poderá aceder aos dados produzidos, agenciados, combinados ou simplesmente acumulados pelo Poder Executivo federal, desde que, sobre eles, "não recaia vedação expressa de acesso" (inc. III). Por fim, dentre os objetivos aponta-se o de "fomentar novos negócios" (inc. VII).

O princípio que norteia ambos os sistemas é o da publicidade das bases de dados governamentais, sendo o sigilo considerado a exceção (inc. I do art. 3.º).

Por outro lado, o decreto que instituiu o SINTER previu uma brecha para acolhimento de dados produzidos ou provenientes de pessoas jurídicas de direito privado (art. 8.º in fine).<sup>27</sup>

O microssistema criado pelos decretos que se conjugam para tratar do delicado tema dos dados pessoais gerados, mantidos e processados pela administração pública é concorrente com os Registros Públicos.

Pode-se argumentar que os dados produzidos pelo Registro de Imóveis *são públicos* e que, portanto, não incidiriam, no caso de sua apropriação pelo Governo Federal (SINTER), as vedações expressas de acesso, nos termos do inc. III do art. 1.º do Dec. 8.777/2016 cc. art. 3.º do Dec. 8.764/2016.<sup>28</sup> Além disso, a teor do art. 17 da LRP "qualquer pessoa" pode requerer certidão "sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido".

É preciso distinguir muito bem as hipóteses: a requisição de certidão pelo particular é muito diferente de consolidar uma base de dados de registro *a latere* dos Registros Públicos. Já enfrentamos o tema anteriormente: disponibilizar o acesso à informação registral *certamente não é o mesmo que assenhorar-se dela*.

Por outro lado, o acesso a determinada informação relativa a bens e a direitos inscritos e a expedição da correspondente certidão são deferidos para municiar o cidadão na realização de negócios de natureza privada que envolvam a transação de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Coisa muito distinta é obter uma massa de dados que permita à administração pública derivar informações que serão processadas e destinadas a outros fins, como o de "promover o desenvolvimento tecnológico e a inovação nos setores público e privado e *fomentar novos negócios*" (inc. VII do art. 1.º do Dec. 8.777/2016).

Em certo sentido, os dados que compõem os livros de registro dos cartórios brasileiros são de propriedade de seus titulares, integram o patrimônio dos

<sup>27.</sup> Não se acha indicado claramente, mas o art. 8.º dá ensanchas para acolhimento de dados produzidos por entidades do crédito imobiliário, cumprindo, assim, a regulamentação do Banco Central do Brasil (Resolução 4.088, de 24 de maio de 2012, alterada pela Resolução 4.399, de 27.2.2015, que dispõe acerca do registro de informações referentes às garantias constituídas sobre imóveis). Não nos esqueçamos que as cessões de crédito garantidas por alienação fiduciária transferem a propriedade sem o concurso do Registro de Imóveis (§§ 1.º e 2.º do art. 22 da Lei 10.931/2004). Em doutrina: MÉNDEZ GONZÁLEZ. Fernando P. DIP, Ricardo. JACOMINO, Sérgio. Registro Público de Imóveis eletrônico – riscos e desafios. São Paulo: Quinta Editorial, 2012, especialmente p. 127 passim.

<sup>28.</sup> As limitações ao acesso de dados de caráter pessoal estão previstas nos incs. II e III do art. 3.º e no art. 11 da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.

indivíduos e não podem, sem ofensa a sua dignidade, lhes ser tomados, muito menos processados e combinados. Esse é o pensamento de LUÍS PAULO ALIENDE RIBEIRO, que sustenta que os Registros Públicos preservam e tutelam o direito fundamental e autônomo dos cidadãos à proteção dos seus dados pessoais. Esses dados, que compõem os livros de registro, possuem um valor econômico, sendo "inquestionável o interesse do mercado em usar e trabalhar com tais dados, assim como sua livre circulação".<sup>29</sup>

O art. 17 da Lei 6.015/1973 é idêntico à regra consagrada nos antigos Regulamentos de Registro de Imóveis.<sup>30</sup> Vale dizer: esta disposição foi consagrada no século XIX, em época que não se cogitava de processamento eletrônico de dados, nem de sua organização em grandes bases como atualmente é perfeitamente factível no contexto das tecnologias de *big data*.<sup>31</sup>

O mesmo ALIENDE RIBEIRO constata que o "confinamento dos dados registrários nos limites físicos da unidade de serviço a cargo de cada oficial registrador, somente acessível ao público em geral por meio da requisição de certidões, torna difícil e onerosa (...) qualquer tentativa de tratamento desses dados pessoais".

O desembargador paulista vaticinou, há vários anos, que se aproximaria "o momento de interconexão dos dados constantes dos registros de vários oficiais, com o rompimento das barreiras físicas hoje existentes, o que, porque traz o risco de inadequado ou indevido tratamento de dados, põe em discussão a indagação inicial desta explanação do direito à proteção de dados pessoais".

Por suas precisas lições, vão aqui suas considerações:

<sup>29.</sup> RIBEIRO. Luís Paulo Aliende. Publicidade registral e direitos da personalidade. Revista de Direito Imobiliário n. 59, jan./jul. 2005, p. 286. V. Diretiva da União Europeia 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 e Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Nas consideranda parte-se do pressuposto de que "a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental".

<sup>30.</sup> A regra, na verdade, é da tradição do direito brasileiro e foi decalcada da redação original do Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865, de lavra do grande José Thomaz Nabuco de Araújo (art. 81). Cfr. art. 20 do Decreto 18.542/1928 e Art. 20 do Decreto 4.857/1939.

<sup>31.</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. Big Data – Como Extrair Volume, Variedade, Velocidade e Valor da Avalanche de Informação Cotidiana. São Paulo: São Paulo: Campus, 2013.

Proponho (...) a ideia de que o direito à proteção de dados pessoais se apresenta sempre que haja o tratamento ou o risco de tratamento desses dados, fundado na ideia de que referidos dados integram o patrimônio de cada pessoa, cuja titularidade se mantém mesmo se incorporados a um arquivo, informatizado ou não.

O que se busca proteger é o direito de cada pessoa à livre disposição de seus dados, cuja incorporação a um determinado banco de informações não transfere sua titularidade para o dono do referido banco de dados.

Não se limita esse direito, pois, ao uso da informática, abrangendo não somente os dados, que por sua natureza já encontram proteção nos direitos à intimidade e privacidade, mas quaisquer informações pessoais, cujo tratamento não pode se dar sem o inequívoco consentimento do titular.

Esse consentimento pode ser tácito, mas há de ser expresso, se os dados implicarem informações afetas ao direito à intimidade ou demandarem proteção especial, tais como a saúde e as que revelem opções religiosas, políticas, sindicais ou sexuais.

Há situações, por outro lado, em que o interesse público ou coletivo prevalecem, como nos arquivos destinados a fins judiciais ou policiais, fiscais ou de proteção ao crédito, para os quais não se exige o consentimento.

Pode-se afirmar, pois, quanto a uma diretriz ou princípio de informação, que se exige que seja dado aos titulares dos dados incorporados a um arquivo o conhecimento de que eles serão submetidos a tratamento mediante seu consentimento inequívoco, expresso ou tácito.

Deve ser respeitada, ainda, a finalidade para a qual serão obtidos os dados, que não podem ser utilizados para fim diverso.

Há que se preservar, sempre, a segurança na guarda e divulgação de quaisquer dados pessoais e assegurada a qualidade e exatidão das informações, sua precisão, pertinência e quantidade, ou seja, devem ser prestados informes suficientes, mas não excessivos.<sup>32</sup>

O uso que se faça dos dados depositados nos Registros Públicos deverá ser feito sob expresso consentimento dos interessados, como, aliás, se acha previsto no parágrafo único do art. 4.º do Dec. 8.777/2016.

O Dec. 8.764/2016, conjugado com o Dec. 8.777/2016, inovam e vão muito além da lei de regência – seja a LRP, seja a Lei 11.977/2009 (art. 41). Proporcionar o acesso às informações constantes de bancos de dados das Serventias não

<sup>32.</sup> Op. cit. p. 289.

é o mesmo que formar uma imagem homóloga do próprio registro (art. 5.º do Dec. 8.764, de 10.5.2016), numa espécie de replicação supérflua (e onerosa) de dados e informações.

Em conclusão, os livros, documentos, papeis, bancos de dados, microfilmes, fichas, indicadores, etc., pertencentes ao acervo do cartório, "ali permanecerão indefinidamente" (art. 26 da LRP) e a Administração Pública somente poderá requisitar informações e certidões nos termos e na forma previstos expressamente na própria lei. Qualquer utilização extravagante desses dados deve ser objeto de expresso consentimento do seu titular.

### (5) Poder regulamentar e custeio

O decreto traz em epígrafe o estalão constitucional que lhe serviu de calço para a sua edição: art. 84, caput, incs. IV e VI, alínea "a", da Constituição da República.

Segundo o disposto no art. 84, compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Além disso, cabe ao Chefe do Executivo dispor, por decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, "quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos".

De início, registre-se que a implantação e o custeio do SINTER implicarão vultosos investimentos e dispêndios, com evidente aumento de despesas para a Administração Pública.

Como parece evidente a qualquer que conheça a fundo a situação precária de centenas de pequenas serventias espalhadas por todo o território nacional, a implantação do SINTER demandará a instalação de *hardware* em cartórios carentes dos mais elementares insumos tecnológicos. Além disso, será necessário o desenvolvimento de *software* e de plataformas digitais para a criação de "documentos nato digitais estruturados que identifiquem a situação jurídica do imóvel, do título ou do documento registrado", nos termos do art. 5.º do Dec. 8.764, de 10.05.2016. Desnecessário destacar que o funcionamento ininterrupto de processamento do "fluxo dinâmico de dados jurídicos produzidos pelos serviços de registros públicos" (art. 1.º) integrados num complexo portal que envolve a participação de várias instituições e demanda o processamento de dados de variadas fontes, tal fato representa um investimento certamente relevante.

Ora, a regra do inc. VI, alínea "a", do art. 84 da CF/1988, revela que compete ao Chefe do Poder Executivo dispor sobre organização e funcionamento da administração federal, *quando não implicar aumento de despesa*. E as despesas, como vimos, serão relevantes. Nos termos do art. 14 do Decreto do SINTER,

o "investimento e o custeio relativos ao desenvolvimento, à manutenção, à operação, ao intercâmbio e ao acesso a bancos de dados e às demais atividades de tecnologia da informação" a ele inerentes "serão atendidos por plano orçamentário específico sob gestão da Secretaria da Receita Federal do Brasil".

Sob esse aspecto, o decreto é simplesmente inconstitucional. É famosa a expressão que fez fortuna: *there ain't no such thing as a free lunch*. Afinal, quem vai arcar com os custos e as despesas importantes que a constituição do SINTER representará? A administração pública vai financiar os cartórios deficitários brasileiros?

Os serviços registrais foram delegados ao particular, entregues à gestão e administração privadas, atribuindo, a lei, ao registrador, a responsabilidade exclusiva pelas despesas de custeio, investimento e pessoal (art. 21 da Lei 8.935/1994). Pergunta-se: a que título se vai alocar recursos públicos para a consumação do sistema de registro eletrônico envolvendo as pequenas, médias e grandes serventias? Os órgãos dos serviços notariais e registrais não são órgãos integrantes da administração pública federal.

Por outro lado, estruturar, em documentos nato-digitais, um registro de propriedade e de direitos reais significará, na prática, a criação de um novo livro fundiário, *a latere* dos livros tradicionais de registro que a Lei 11.977/2009 não ousou abolir e nem mesmo alterar. O livro eletrônico (ou repositório) criado pelo SINTER espera por um escriba qualificado, profissional do direito, a quem, pelo regulamento, se comete a obrigação de o lavrar, sem que se estabelecesse formas de custeio ou de estipêndio. A via regulamentar não permite criar nem tampouco extinguir direitos e obrigações que não estejam expressamente previstos na lei. E essas atribuições não estão previstas na Lei 11.977/2009.

Já sob o prisma da competência regulamentar, sabemos que a Constituição Federal cometeu ao Judiciário, no âmbito de suas competências e atribuições, o poder de baixar atos regulamentares. De fato, a EC 45, de 30 de dezembro de 2004, no seu inc. I, § 4.º, do art. 103-B, cravou dispositivo que prevê a expedição de "atos regulamentares" pelo Poder Judiciário. Pelo texto constitucional, o Conselho Nacional de Justiça poderá "(...) expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências".<sup>33</sup>

<sup>33.</sup> O CNJ pode expedir atos normativos destinados ao aperfeiçoamento dos serviços notariais e de registro (Inc. X do art. 8.º do Regimento Interno do CNJ; inc. XI do art. 3.º cc. inc. I do art. 14 do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça).

Tivemos ocasião de defender essa tese,<sup>34</sup> que se acha livre de controvérsias no seio do próprio STF.<sup>35</sup>

Não faltarão exemplos em que a regulamentação de processos e rotinas registrais e notariais tenha sido feita pelo Poder Judiciário. Eis somente alguns, destacados para efeito meramente exemplificativo:<sup>36</sup>

a) Registro de Imóveis. Muitos regulamentos foram baixados ao longo do tempo. Exemplos: (1) Penhora online. O revogado § 6.º do art. 659 do Código de Processo Civil de 1973 previa que a averbação de penhoras de bens imóveis poderiam ser feita por meios eletrônicos, "obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais" estaduais. Já no novo diploma processual, a regra da publicidade registral por meios eletrônicos se dará com base em "normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça" (art. 837 do Novo Código de Processo Civil). (2) Indisponibilidade de bens. Nos termos do art. 185-A do CTN prevê-se a decretação judicial de indisponibilidade de bens e direitos por meios eletrônicos. Regulamentando a lei-complementar, o Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, baixou o Provimento CNJ 39, de 25.07.2014, DJe de 30.7, Min. GUILHERME CALMON. Neste provimento prevê-se a interação normativa e regulamentar, a cargo do Judiciário, e a

<sup>34.</sup> JACOMINO. Sérgio. Registro Eletrônico: a nova fronteira do Registro Público Imobiliário – parecer sobre o anteprojeto de regulamentação encaminhado pelo Ministério da Justiça. Maio de 2010. Disponível em: [https://goo.gl/cuHG9u] acesso em: 21.5.2016.

<sup>35.</sup> O ataque ao art. 103-B, consagrado pela EC 45/2004, não tardou e veio antes mesmo da sua publicação: ADI 3.367-DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, decisão é do dia 13.4.2005, pleno. É, pois, reconhecidamente constitucional o poder regulamentar previsto no inciso I do § 4.º do art. 103-B, que faculta ao CNJ "(...) expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência". Em doutrina, a atuação do CNJ não representaria invasão do âmbito de atuação do legislador nem violação do princípio federativo. Esta é a opinião de SAMPAIO. José Adércio Leite. O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 279. Igualmente: STRECK. Lenio Luiz. SARLET. Ingo Wolfgang. CLÈVE. Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do conselho nacional de justiça (CNJ) e conselho nacional do ministério público (CNMP). In Revista da ESMESC. V. 12, n. 18, 2005, p. 21. JACOMINO. S. CRUZ. Nataly. Registro de imóveis eletrônico – competência regulamentar do Poder Judiciário. In Registros Públicos e Notas – Conselho Nacional de Justiça – atos normativos apontados. DIP. Ricardo, PASSO, Josué Modesto. JACOMINO. S. São Paulo: Quinta Editorial, 2015, p. 27.

<sup>36.</sup> Para acesso ao elenco de atos regulamentares baixados pelo CNJ a respeito dos serviços notariais e registrais, consulte: [https://circuloregistral.com.br/classificadores-obrigatorios/]

operacional, a cargo dos próprios registradores, por meio de suas entidades de classe. (3) Registro Eletrônico – sREI. Provimento 47/2015, de 19.06.2015, Dje 19.6.2015, Min. Nancy Andrighi; (4) Arrendamento de imóvel rural por estrangeiro. Provimento CNJ 43/2015, de 17.04.2015, Dje 22.4.2015, Min. Nancy Andrighi, dispondo sobre o arrendamento de imóvel rural por estrangeiro residente ou autorizado a funcionar no Brasil, bem como por pessoa jurídica brasileira da qual participe, a qualquer título, pessoa estrangeira física ou jurídica que resida ou tenha sede no exterior e possua a maioria do capital social. (4) Regularização fundiária. Provimento CNJ 44/2015, de 18.03.2015, DJe 19.3.2015, min. Nancy Andrighi. Estabelece normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana.

- b) Repositórios e livros eletrônicos dos órgãos registrais. A competência para criação de repositórios e livros eletrônicos dos órgãos notariais e registrais (assim qualificados no art. 103-B da EC 45/2004) vem prevista no art. 16 da Lei 11.419, de 19/12/2006: "os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico". A competência legal para regulamentar este dispositivo é definida na própria Lei do Processo Eletrônico em seu art. 18: "Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências".
- c) Registro Civil das Pessoas Naturais. O CNJ baixou inúmeros atos normativos para regulamentação de dispositivos legais concernentes a esta especialidade: (1) Provimento CNJ 53/2016, de 16.05.2016, min. NANCY ANDRIGHI, regulamentando o disposto no § 5.º do art. 961 do novo CPC, dispôs sobre a averbação direta por Oficial de RCPN da sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, no assento de casamento, independentemente de homologação judicial. (2) Provimento CNJ 52/2016, de 14.03.2016, min. Nancy Andrighi, regulamentando o art. 227, § 6.°, da CF/1988, e o art. 1.609 do Código Civil, dispôs sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida; (3) Provimento CNJ 51/2015, de 22.09.2015, Min. Nancy Andrighi, dispondo sobre a averbação de carta de sentença expedida após homologação de sentença estrangeira relativa a divórcio ou separação judicial; (4) Provimento CNJ 46/2015, de 16.6.2015, Min. Nancy Andrighi, dispondo sobre a CRC – Central de Informações de Registro Civil; (5) Provimento CNJ 37/2014, de 07.07.2014, Min. Guilherme Calmon, dispondo sobre o registro de união estável, no Livro "E", por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais; (6) Provimento CNJ 28/2013, de 5.2.2013, Francisco Falcão, dispondo sobre o registro tardio de nascimento, por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, nas hipóteses que disciplina;

- d) Registro de Títulos e Documentos. Provimento CNJ 48/2016, de 16.03.2016, DJe 17.03.2016. Min. Nancy Andrighi, estabelecendo diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico de títulos e documentos e civil de pessoas jurídicas.
- *e) Notários.* CENSEC. Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados. Notários. Colégio Notarial do Brasil. Provimento CNJ 18/2012, de 28.08.2012, min. Eliana Calmon. Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados CENSEC.

### 5. Conclusões

É possível finalizar este opúsculo sumarizando as conclusões:

- 1. O pressuposto lógico do art. 41 da Lei 11.977/2009 é a pré-existência do Registro Eletrônico perfeitamente estruturado e em funcionamento. O Registro de Imóveis Eletrônico SREI acha-se criado e em fase de implementação em todo o território nacional por força do Provimento do CNJ 47, de 18.06.2015. O ato normativo do Poder Judiciário previu, com muita antecedência, que o intercâmbio de informações entre a administração pública e os registradores se daria por intermédio de "centrais de serviços eletrônicos compartilhados que se criarão em cada um dos Estados e no Distrito Federal". A criação do SINTER representa, claramente, um oneroso bis in idem regulamentar, já que busca criar um sistema concorrente, redundante, emparelhado com o criado por ato regulamentar do CNJ.
- 2. O art. 37 da Lei 11.977/2009 cometeu aos próprios órgãos registrais a responsabilidade de instituir o registro eletrônico, nos prazos e condições previstas em regulamento. Regulamentado pelo Poder Judiciário, não será, contudo, a administração pública federal, nem mesmo a administração judiciária, que farão a gestão e a manutenção do sistema de registro eletrônico.
- 3. O Registro de Imóveis eletrônico é fundamentalmente um portal de acesso aberto às diversas unidades de Registro de Imóveis espalhadas por todo o território nacional, à administração pública federal e ao Poder Judiciário. Disponibilizar o acesso à informação registral não é o mesmo que assenhorarse dela. O Decreto subverte o sentido da norma e cria um verdadeiro núcleo informativo, de cariz jurídico pessoal e patrimonial, no coração do estado brasileiro, sem a correspondente delegação legal-constitucional.
- 4. Aos órgãos registrais compete zelar pelos dados de caráter pessoal e patrimonial dos cidadãos entranhados nas inscrições que são rogadas, voluntariamente, pelos interessados. Os Oficiais do Registro são os guardiões dos livros

de registro, responsáveis pela sua vigilância, custódia e guarda. Devem fazê-lo em caráter permanente, respondendo pela sua ordem e conservação (art. 24 da LRP). Os Oficiais de Registro devem zelar e conservar seus livros de registro, mantendo preservados as "fichas, documentos, papéis, microfilmes e sistemas de computação" que deverão permanecer indefinidamente sob a sua guarda e responsabilidade, zelando pela sua ordem, segurança e conservação (art. 46 da Lei 8.935/1994).

5. A Constituição Federal cometeu ao Poder Judiciário, no âmbito de suas competências e atribuições, o poder de baixar atos regulamentares. Ao Conselho Nacional de Justiça compete expedir atos regulamentares, disciplinando as atividades notariais e registrais do país.

### PESOUISA DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

• Livros e classificadores obrigatórios no registro de imóveis eletrônico. A correição virtual, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 69/232 – 314 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1181-1257 (DTR\2010\680);

# A Responsabilidade dos Notários e Registradores Diante das Últimas Alterações Legislativas e Decisões Jurisprudenciais

# O SINTER – SISTEMA NACIONAL DE GESTÃO DE INFORMAÇÕES TERRITORIAIS E O SREI – SISTEMA DE REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS SÃO CONVERGENTES OU COLIDENTES?

The Sinter – National System of Territorial Information management and the Srei – Electronic Registration System of Real estate are converging or Colliding?

### ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JUNIOR

Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (2010/2012) e Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (1996/1997 e 2012/2013). Integra a Comissão para Assuntos de Informática da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo desde janeiro de 2014. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em atividade na Câmara Especial, membro da ABDRI – Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. alvesbragajunior@tjsp.jus.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Resumo: Neste artigo, o autor define e analisa o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (SINTER) e o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (Srei), traçando um paralelo necessário entre ambos e questionando a integração do serviço e sua infraestrutura, bem como a centralização das informações registrais e pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais – Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – Integração – Infraestrutura

**ABSTRACT:** In this article, the author defines and analyzes the National System of Territorial Information Management (SINTER) and the Electronic Registration System of Real Estate (Srei), tracing a necessary parallel between them and questioning the integration of services and infrastructure, as well as the centralization of registry and personal information.

**Keywords:** National System of Territorial Information Management – Electronic Registration System of Real Estate – Integration – Infrastructure

Sumario: 1. Introdução. 2. Temos o SINTER. 3. Paralelo necessário entre o SINTER e o Srei. 4. O Sistema de Registro Eletrônico. 5. A integração do serviço, a infraestrutura de integração (centralizado e descentralizado) e a centralização das informações registrais e pessoais. 6. Srei projetado, mas não implantado. 7. Em 2012, a implantação em São Paulo. 8. Em 2015, o Provimento 47, do CNJ, e a opção pelo modelo descentralizado. 9. A atuação do IRIB para viabilização do Provimento 47. 10. Integração do serviço com informações imobiliárias descentralizadas. 11. A viabilidade da integração nacional pelo modelo descentralizado. 12. A consolidação da situação jurídica do imóvel e o documento eletrônico estruturado. 13. O SINTER não é substituto do Srei. 14. A necessidade de controle estatal das informações imobiliárias: um discurso sedutor. 15. A consulta por órgãos das três esferas, Judiciário e Ministério Público. 16. A base imobiliária gráfica: os registradores não têm, mas a Governo Federal terá. 17. A estatização dos dados e a perda da relevância da atividade. 18. O Srei não impediria o SINTER, mas o governo federal aproveitou o vácuo deixado pelos registradores de imóveis. 19. Conclusões.

### 1. Introdução

O serviço de registro de imóveis do Brasil tem diante de si um gigantesco desafio: promover sua integração nacional. O serviço, hoje prestado de maneira atomizada pelas várias unidades, deve ser prestado em escala nacional. O sistema de registro eletrônico de imóveis é o caminho para essa integração. Os prazos de implementação, previstos na Lei 11.977/2009 e no Provimento CNJ 47/2015, já se escoaram, e não se tem uma projeção temporal segura para que a integração seja alcançada. Paralelamente, o governo federal vem gestando o SINTER, e com ele, a formação de um banco de dados que com informações de todos os registros de imóveis do país. A vinda do SINTER é benéfica? Contribui para a integração do registro de imóveis, com ganhos recíprocos? Ou representa um risco para a atividade?

### 2. TEMOS O SINTER

O Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (SINTER) é definido, no art. 1.º, do Dec. 8.764, de 10.05.2016, como ferramenta de gestão pública que integrará, em um *banco de dados espaciais*, o fluxo de *dados jurídicos* produzidos pelos serviços de registros públicos ao fluxo de *dados fiscais*, *cadastrais e geoespaciais*, de imóveis rurais e urbanos, produzidos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Pela definição do art. 1.º, objetiva-se a formação de um banco de mapas digitais, que mescle dados dos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) com dados dos registros públicos.

O art. 9.º estabelece que o banco de dados seja constituído por níveis gráficos de mapeamento georreferenciado, ou seja, por *camadas gráficas*. Objetivase a formação de um banco de dados multifinalitário, constituído por um número ilimitado de camadas digitais, construídas e organizadas por temas.

A administração do sistema de informações territoriais é atribuída à Secretaria da Receita Federal. É dela, também, a atribuição para elaborar, manter e publicar o manual operacional que conterá, entre outras, as regras de criação e gerenciamento das camadas espaciais, os parâmetros de intercâmbio de dados e a estrutura, o formato e as regras de validação das informações enviadas pelos serviços de registros públicos (art. 2.º, f, do Decreto).

Uma ideia aproximada das camadas digitais é a dos mapas em papel vegetal, material semitransparente que permite a visualização sobreposta.

Num banco de dados digitais, a possibilidade de organização de informações em camadas é ampliada exponencialmente. O número de camadas é, em princípio, infinito. Essas camadas devem estar em permanente construção, isto é, devem ser continuamente atualizadas ou ter ampliado seu detalhamento (aumento de resolução).

A visão sobreposta permite ampla compreensão das características do território, em suas múltiplas expressões. Sobre o território de um Município, por exemplo, podem-se criar visualizações para vias públicas, rede de saúde pública, que compreenda a localização dos hospitais, unidades básicas de saúde, postos de vacinação; segurança pública, que localize Delegacias de Polícia, estabelecimentos prisionais, sedes de batalhões da Polícia Militar; sistema hídrico, com indicação de rios, córregos, abertos ou canalizados, represas, caixas d'água, rede subterrânea de abastecimento e de escoamento, galerias pluviais; distribuição da população; rede de ensino público e privado; rede de transportes públicos, sistema de saneamento básico; distribuição de polos de trabalho etc.

A Espanha, que utiliza sistema de camadas territoriais digitais, tem uma interessante visualização de dados sobre poluição sonora, que mapeia rotas de aviões e outras fontes de ruídos, e indica as áreas afetadas no território em função dos níveis de perturbação.

## 3. Paralelo necessário entre o SINTER e o Srei

Qual é a relação desse sistema, criado e operado pelo poder público federal, com os serviços de registros públicos? Que relação existe entre o banco de dados multifinalitário e o registro eletrônico de imóveis?

O sistema de informações territoriais e o sistema de registro eletrônico, embora tenham pontos em comum, ou melhor, compartilhem certas informações, têm muito poucas semelhanças e atendem a usuários e objetivos muito distintos.

O sistema de registro eletrônico é um conjunto de regras e ferramentas tecnológicas que permita a interação entre usuários e registradores de imóveis, pela internet. Visa a atender o comando da Lei 11.977/2009 de modo que pessoas jurídicas, públicas ou privadas, e pessoas físicas possam solicitar informações e serviços registrais, e serem atendidas pela internet.

O sistema de informações territoriais, por outro lado, propõe-se a ser um banco de mapas digitais, mapas construídos por temas, destinados, primordialmente, a atender necessidades de órgãos do governo federal, e de órgãos públicos conveniados. Não há, em princípio, utilização das informações territoriais por particulares. O sistema de informações territoriais deverá compor-se de informações essencialmente gráficas, e nisso muito difere do sistema de registro eletrônico que opera, basicamente, informações textuais ou descritivas.

Apesar de tantas dessemelhanças, é extremamente relevante o paralelo entre o sistema de informações territoriais e o sistema de registro eletrônico porque, em ambos os casos, trata-se da construção de enormes estruturas tecnológicas e normativas para operar tráfego de informações registrais imobiliárias.

### 4. O SISTEMA DE REGISTRO ELETRÔNICO

A Lei 11.977/2009, que tratou do Programa Minha Casa Minha Vida, determinou a instituição, pelos serviços de registros públicos, de *sistema de registro eletrônico*. Não disse exatamente o que seria e nem como deveria funcionar ou ser implementado.

No parágrafo único do art. 38, constou que os registros públicos deveriam disponibilizar "serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico". Quanto ao prazo, apesar das disposições genéricas do art. 37 ("observados os prazos e condições previstas em regulamento"), o art. 39 estabeleceu que os atos registrais praticados a partir da vigência da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), deveriam ser "inseridos no sistema de registro eletrônico" no prazo de até 5 (cinco) anos a contar da publicação da lei. O prazo venceu em julho de 2014.

Não é tarefa da lei descer a detalhes. Cabe a atos administrativos o detalhamento. Desse modo, pouco era possível saber quanto ao comando legal. Por que formas seria lícita a disponibilização de serviços de recepção de títulos e de

fornecimento de informações e certidões? Por via de mídias portáteis, no próprio balcão de atendimento? Por correio eletrônico? E o que significava inserir atos registrais no sistema de registro eletrônico? Correspondia à digitalização de livros? Seria a transposição de seu conteúdo, pela digitação de texto em um sistema informatizado?

A parte mais objetiva da norma era a do art. 38, que se reportava aos requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, e à arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico), ao disciplinar os documentos eletrônicos apresentados aos registros públicos, ou por eles expedidos, uma vez que, sobre tais temas, já se dispunha de ampla documentação técnica produzida pelo Governo Federal.

Como ficava claro, havia um sistema a ser concebido, isto é, um projeto de registro eletrônico que permitisse sua concretização, com a garantia de cumprimento de todas as leis, em especial, a Lei de Registros Públicos, com a garantia de integridade, autenticidade, disponibilidade e persistência da informação. Era necessário projetar infraestrutura de hardware e software para o adequado tráfego, armazenamento e proteção da informação registral eletrônica.

As soluções em tecnologia digital são inúmeras, e infinitas suas possíveis combinações. Some-se a isso o fato de serem contínuas, e cada vez mais velozes, a obsolescência e as inovações. Era imperativo, portanto, que um conjunto de normas para *hardware*, software e tratamento de dados fosse estabelecido para que o registro eletrônico pudesse ser executado e tornado realidade.

Fazendo-se um paralelo com a engenharia civil, seria o mesmo que contratar empresa de engenharia para a construção de uma casa, indicando-lhe o terreno, sem lhe fornecer, ou permitir elaborar, um projeto. Por mais habilitada que fosse a construtora, não teria, por sua própria conta, como definir qual, dentre as inúmeras possibilidades, seria a construção esperada pelo contratante.

Foi com o objetivo – de conceber um sistema de registro eletrônico de imóveis – que se desenvolveram trabalhos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, como adiante se descreverá.

# 5. A INTEGRAÇÃO DO SERVIÇO, A INFRAESTRUTURA DE INTEGRAÇÃO (CENTRALIZADO E DESCENTRALIZADO) E A CENTRALIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES REGISTRAIS E PESSOAIS

Existem três níveis da integração do serviço de registro de imóveis que não se devem confundir: o primeiro diz respeito à integração da prestação do serviço em si, por meio do compartilhamento de estruturas e serviços, situa-

ção oposta à da prestação totalmente atomizada que ocorre em boa parte do território nacional, em que as solicitações de informações e serviços têm que ser dirigidas diretamente ao registrador de imóveis, nas dependências físicas de suas instalações. É com a integração do serviço que solicitações remotas possam dirigir-se a um, a mais de um, ou a todos os registradores do país, a partir de um ponto central de contato.

Num segundo nível, está a infraestrutura que proverá a integração, que corresponde às centrais de serviços eletrônicos compartilhados. Essa infraestrutura pode ser construída segundo o modelo centralizado, nos moldes da concepção original do Srei, ou descentralizado, nos moldes estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça, no Provimento 47, de 2015.

O último nível é o da informação registral, ou seja, o acervo dos cartórios que, sendo digital, possibilita tanto o armazenamento distribuído, quanto o armazenamento concentrado.

Sobre cada uma dessas possibilidades, falaremos mais adiante.

# 6. Srei projetado, mas não implantado

Em razão do comando de implementação do registro eletrônico no país, pela Lei 11.977/2009, constituiu-se Grupo de Trabalho,¹ no âmbito da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, na gestão do Ministro Cezar Peluso, entre abril de 2010 e abril de 2012, integrado por magistrados e registradores de imóveis, auxiliado por vários corpos técnicos e coordenado pelo então Juiz Auxiliar da Presidência, atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Marcelo Martins Berthe.

Vinha da gestão anterior, do Ministro Gilmar Mendes, demanda do MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário de apoio para execução de projeto de regularização fundiária, o "Programa Terra Legal".

<sup>1.</sup> O Grupo de Trabalho contou com a colaboração dos seguintes órgãos: MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário; Incra – Instituto de colonização e Reforma Agrária; ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo; Iterpa – Instituto de Terras do Pará; TJ-PA – Tribunal de Justiça do Estado do Pará; AGU – Advocacia Geral da União; GC9 – Grupo de Corregedorias Gerias de Justiça dos Nove Estados da Amazônia Legal; Arquivo Nacional (RJ), Conarq-Conselho Nacional de Arquivos; Fundação Biblioteca Nacional (RJ); LSI-TEC – Laboratório de Sistemas Integráveis (Escola Politécnica, Poli, Universidade de São Paulo); Uniregistral – Universidade do Registro de Imóveis; ESM-PA – Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.

Objetivava o poder executivo a titulação e o registro da propriedade de áreas sob ocupação consolidada. Previa o MDA a emissão de cerca de 300 mil títulos de domínio em formato eletrônico, e deparou-se com a completa incapacidade de recepção de tais títulos pelos cartórios de registro de imóveis da região amazônica.

Imaginou o MDA que a solução fosse a digitalização do acervo (livros). Destacou recursos para o Incra, que constatou, ao iniciar seus estudos, que o serviço registral era regulamentado e fiscalizado pelo Poder Judiciário, por força da Constituição Federal, e que, então, o Conselho Nacional de Justiça era o órgão com o qual dialogar.

Ainda na gestão do Ministro Gilmar Mendes, ajustou-se a celebração de um Acordo de Cooperação Técnica, assinado na gestão seguinte, pelo qual o CNJ conduziria os trabalhos que capacitassem os cartórios de registros de imóveis dos estados da Amazônia legal a receber títulos eletrônicos. Os recursos financeiros foram postos à disposição do CNJ, e transferidos na medida da necessidade.

O projeto era gigantesco. Tratava-se de integrar 560 unidades do registro de imóveis, distribuídas pelo território de nove estados: Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins, das regiões norte, centro-oeste e nordeste. A Amazônia legal cobre mais de 60% (sessenta por cento) do território nacional. Só o Estado do Pará tem duas vezes o território da França, que é o país com maior extensão no continente europeu. E maior que o Estado do Pará é o Estado do Amazonas.

Muitas dessas 560 unidades situam-se em localidades só acessíveis por barco ou hidroavião. As circunscrições territoriais são imensas, os recursos materiais, reduzidos, e o acesso à internet, extremamente limitado.

O que funcionasse para a Amazônia legal, funcionaria para o restante do Brasil.

Ao longo de dois anos, construiu-se o *Programa de Modernização dos Cartórios de Registro de Imóveis da Amazônia Legal*, conhecido como *Programa da Amazônia*,<sup>2</sup> então o maior programa em execução no Conselho Nacional de Justiça.

<sup>2.</sup> O "Programa da Amazônia" abarcava uma dúzia de projetos, dentre os quais, Curso de Direito Registral para Registradores; Pós-Graduação em Direito Registral para Magistrados, com nível de Especialização; a montagem de um Laboratório de Preservação do Acervo, sob orientação da Fundação Biblioteca Nacional, destinado à restauração, digitalização e microfilmagem de livros e documentos de registros de imóveis; aqui-

Dois projetos destacavam-se: a produção de *Normas de Gestão Documental* para o Serviço Extrajudicial e o desenvolvimento de um Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis.

Livros em avançado estado de degradação, em decorrência de umidade, insetos, fungos ou manuseio inadequado exigiam um protocolo sobre restauração, conservação e digitalização.

Procurou-se a *Biblioteca Nacional*, estabelecida na cidade do Rio de Janeiro, vinculada ao Arquivo Nacional, referência no assunto. O contato deu origem a um Grupo de Trabalho, vinculado ao Conarq – Conselho Nacional de Arquivos, que objetivava transpor para o serviço extrajudicial o conhecimento disponível acerca da gestão de documentos arquivísticos.

Para o sistema de registro eletrônico, buscou-se a maior referência na área, o LSI-TEC – Laboratório de Sistemas Integráveis Tecnológico, vinculado à Faculdade Politécnica da Universidade de São Paulo. Os trabalhos incluíram a pesquisa de campo, em dois extremos, um cartório de pequeno porte localizado na Amazônia e um cartório de grande porte localizado na Capital do Estado de São Paulo.

Concebeu-se o *Srei – Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis*, apto a integrar o tráfego de dados de todas as unidades de registro de imóveis do país.

O parágrafo único do art. 38, da Lei 11.977, já referido, trazia a indicação dos requisitos mínimos do sistema ao estabelecer que deveriam ser disponibilizados serviços de *recepção de títulos* e de *fornecimento de informações e certidões* em meio eletrônico.

A troca de informações e documentos haveria de ser eletrônica, e feita pela internet. A *escrituração eletrônica* dos livros não era requisito imediato.

sição e distribuição de *kits de informática* para os cartórios de menor porte; o desenvolvimento de um *aplicativo básico para cartório*, destinado a facilitar a virtualização e integração dos cartórios; a provisão de *acesso à internet em banda larga* aos cartórios mais remotos, via satélite, com antenas parabólicas, com a colaboração do Censipam – Centro Gestor e Operacional de Sistema de Proteção da Amazônia, no âmbito do PNBL – Programa Nacional de Banda Larga, do Governo Federal; instituição (concretizada) do *GC9 – Grupo das Corregedoria Gerais de Justiça dos 9 Estados da Amazônia Legal*, coordenado pelos seus próprios integrantes, sob supervisão da Corregedoria Nacional de Justiça; *padronização de normas* para o serviço extrajudicial; implantação de *cartório piloto*, escolhido dentre os cartórios de registros de imóveis do Estado do Pará; implantação da *TV Registral*, canal de televisão para comunicação permanente com todas as unidades de registro de imóveis, útil para capacitação continuada e para informações cotidianas.

Não faria sentido cada registrador operar um portal na internet. Trata-se de fazer convergirem para um mesmo portal, de um lado, os registradores, e de outro, todos os potenciais usuários do serviço, e com isso, o promover a gigantesca integração dos registros. Da intenção de compartilhamento de estruturas e atividades, nasceu o conceito de *central de serviços eletrônicos compartilhados*.

O Srei foi concebido em torno da ideia de uma única central de serviços, já que uma estrutura, independentemente da localização de equipamentos, pessoal e instalações, seria capaz de atender todos os registradores do país e usuários de qualquer localidade.

Importante destacar: independentemente do modelo de infraestrutura, centralizado ou descentralizado, o resultado haveria de ser a integração de todo o serviço de registro de imóveis do Brasil. Sob o ponto de vista do usuário, é natural a expectativa de obtenção de informações de todo o território nacional a partir de consulta única.

O sistema haveria de permitir uma relação do solicitante com o oficial registrador eis que é apenas este quem tem a atribuição para a prestação da informação ou do serviço. À central de serviços caberia operar o tráfego de solicitações e respostas.

A porta única foi o modelo que se vislumbrou mais adequado. Uma central nacional poderia conviver perfeitamente com centrais estaduais ou regionais, de criação facultativa. Fica assegurada a possibilidade de o registrador de imóveis ligar-se diretamente à central nacional.

Em proposta conjunta, o IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e a ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo submeteram à presidência do CNJ, no início de 2012, minuta de resolução que instituiria o Srei para todo o território nacional. A gestão terminou em abril de 2012 sem que a resolução fosse aprovada.

Em 2014, nova proposta de implantação de sistema de registro eletrônico, em âmbito nacional, foi encaminhada ao Conselho Nacional de Justiça, para regulação, desta vez, pela Corregedoria Nacional de Justiça, via provimento, como havia se dado com a Censec – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados e com a CRC – Central de Registro Civil. Em tal proposta, adotava-se a denominação *SNREI* – *Sistema Nacional de Registro Eletrônico de Imóveis*.

## 7. Em 2012, a implantação em São Paulo

Pronto que estava, ainda em 2012, o Srei foi implantado no âmbito do Estado de São Paulo pelo *Provimento CG 42/2012*,<sup>3</sup> um ano e meio antes do vencimento do prazo da Lei 11.977/2009.

Em seu art. 2.º, o Provimento 42/2012 estabelecia que: "O Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (Srei) tem como princípio a utilização das modernas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) para desmaterializar procedimentos registrais, bem como promover sua interação com o Poder Judiciário, governos, empresas e cidadãos na protocolização eletrônica de títulos e no acesso às certidões e informações registrais, de forma a aprimorar a qualidade e eficiência dos serviços prestados sob delegação pública."

Para mediar a comunicação entre usuários (públicos ou privados) e os registradores, entrou em funcionamento da Central Registradores de Imóveis, que é uma central de serviços eletrônicos compartilhados.

Um dos módulos da central, O *Ofício Eletrônico*, já funcionava desde maio de 2005. Com seis anos de funcionamento, em maio de 2011, atingiu 25.000.000 (vinte e cinco milhões) de requisições oficiais atendidas. Passados pouco mais de 5 anos, em consulta recente, mostra ter sido ultrapassada a marca de 589.000.000 (quinhentas e oitenta e nove milhões) de solicitações, clara demonstração da progressão exponencial da demanda.<sup>4</sup>

# 8. Em 2015, o Provimento 47, do CNJ, e a opção pelo modelo descentralizado

Embora o registro de imóveis tenha sido pioneiro na concepção de um sistema de serviços eletrônicos, não houve norma regulamentadora que o implantasse, até o ano de 2015, e, em razão disso, acabou suplantado pela atividade notarial e pelo registro civil de pessoas naturais.

O Provimento 47, de 2015, da Corregedoria Nacional de Justiça, determinou a implantação de *centrais de serviços eletrônicos compartilhados*, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, *uma única central para cada unidade da Federação*, a qual ficariam vinculados todos os registradores do respectivo ter-

<sup>3.</sup> Publicado no Diário Oficial em 19 de dezembro de 2012.

<sup>4.</sup> Consulta ao site [www.oficioeletronico.com.br], em 13.10.2016, informa haverem sido atendidas gratuitamente, desde 10.05.2005, 589.307.298 milhões requisições oficiais, com economia de papel, impressão e postagem de quase 5 bilhões de reais.

ritório. Facultou-se a utilização da central de serviços de outro Estado ou do Distrito Federal onde não fosse possível ou conveniente a criação e manutenção de serviços próprios (art. 3.°, item 3.°).

O provimento não apenas deixou de prever uma central nacional, mas, efetivamente, vedou sua existência, o que se extrai dos dizeres dos itens 2.º, 3.º e 4.º, do art. 3.º:

2º Haverá uma única central de serviços eletrônicos compartilhados em cada um dos Estados e no Distrito Federal.

3º Onde não seja possível ou conveniente a criação e manutenção de serviços próprios, o tráfego eletrônico far-se-á mediante central de serviço eletrônico compartilhado que já esteja a funcionar em outro Estado ou no Distrito Federal.

4º As centrais de serviços eletrônicos compartilhados conterão indicadores somente para os ofícios de registro de imóveis que as integrem. (g.n.)

Ao dispor que cada central só terá dados das unidades a ela vinculadas, o provimento, indiretamente, inviabiliza a existência de uma central para o qual possam ser apontados todos os registradores do país. Cada registrador só pode estar ligado a uma central. Há uma clara segregação do serviço eletrônico por unidade da federação.

De qualquer forma, a não centralização da infraestrutura do serviço não significa que a integração da atividade registral esteja dispensada.

## 9. A ATUAÇÃO DO IRIB PARA VIABILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 47

Sem central nacional, a tarefa de integração de todos os registros ficou dificultada, e muito. Para dar cumprimento ao Provimento 47, vem o IRIB fazendo gigantesco esforço. Construiu-se, por termo de compromisso, um pacto entre associações e colégios de registradores pelo qual se estabelece uma *Coordenação Nacional das Centrais Estaduais de Serviços Eletrônicos Compartilhados*. A ela, liga-se um *Comitê Gestor*, incumbido da edição de normas de interoperabilidade. Finalmente, tem-se um portal nacional que congrega os *links* de acesso, em um mapa do Brasil, para cada uma das CESECs em atividade, as centrais estaduais.<sup>5</sup>

Impedidas de ter indicadores para registros de imóveis de outra central, cada uma delas poderá, no máximo, funcionar como ambiente de passagem de dados, situação que reduz muito sua utilidade.

<sup>5. [</sup>www.irib.org.br/registro-eletronico/centrais-registros].

# 10. Integração do serviço com informações imobiliárias descentralizadas

A integração nacional dos registros de imóveis, de forma alguma implica centralização de dados registrais. Apenas há utilização de estruturas compartilhadas para a prestação do serviço. O registrador de imóveis mantém-se como o único e exclusivo guardião do acervo, dos atos registrais e dos dados pessoais.

A central de serviços compartilhados, seja única, seja múltipla, apenas autentica o solicitante e gerencia o tráfego de dados. Não deve haver armazenamento de informações dos registros nas centrais, e menos ainda a prestação de informações ou serviços pela própria central. Do contrário, estaria violado o regime de delegação do serviço. Fora isso, sob o aspecto operacional, se a informação estiver em duas bases de dados, sob diferentes administradores, sempre haverá possibilidade de incoincidências.

O oficial delegado é o guardião da informação. O serviço é público, exercido em caráter privado, exclusivamente por meio de delegação precedida de concurso público de provas e títulos. Ao Notário ou Registrador não é facultado delegar a guarda do acervo ou a prestação de informações e serviços.

### 11. A VIABILIDADE DA INTEGRAÇÃO NACIONAL PELO MODELO DESCENTRALIZADO

No modelo centralizado, a compatibilização de sistemas faz-se do centro para as bordas, sempre de maneira unidirecional. Num modelo descentralizado, o sentido da compatibilização é bidirecional ou, mais acertadamente, multidirecional. Não basta que as regras sejam as mesmas. A interoperabilidade envolve muito mais do que estabelecer e adotar padrões.

No modelo centralizado, a estrutura de borda (composta pelos cartórios, no caso de comunicação direta, ou pelas centrais estaduais) não haverá cumprido sua tarefa enquanto não for capaz de se comunicar com a unidade central (central nacional).

No modelo descentralizado, cada central estadual há de ser capaz de "conversar" com cada uma das demais centrais. Mesmo que adotados os mesmíssimos padrões, não é impossível que a comunicação ocorra adequadamente com apenas parte das centrais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo adotou o modelo centralizado, em substituição ao modelo descentralizado e não integrado, construído ao longo de décadas. Para que o percentual de varas digitais pudesse saltar de 2%, em 2012, para 100%, ao final de 2015, foi indispensável a unificação de sistemas (o que

é mais do que integração). Todas as varas judiciais têm hoje o mesmo sistema de automação, em duas versões: uma para os processos físicos, que deixará de existir em algum momento (ainda existem 18 milhões de processos físicos em andamento) e uma para os processos digitais.

Antes da unificação, conviviam 12 sistemas processuais em primeiro grau, e 5, em segundo grau (estes, oriundos dos Tribunais de Alçada). Eram completas ilhas digitais. Se a opção houvesse sido a integração, certamente ainda estaríamos tentando executá-la.

Com um sistema unificado, as atualizações e correções são praticamente imperceptíveis para o usuário. São feitas à noite ou nos finais de semana. São quatro novas versões (não meras atualizações) do sistema por ano, em um cronograma fixo. Se cada uma das mais de 2.000 varas/cartórios ou das mais de 300 comarcas houvesse que providenciar as atualizações com seus próprios meios, ainda estaríamos tentando instalar a primeira versão.

Não se argumente que é pequena a interação entre os cartórios de registro, de modo que basta que alguns documentos seja interoperáveis. Também no Judiciário, é pouco expressiva a interação entre varas. O problema não é a intensidade do tráfego entre as unidades, mas a administração de tantas unidades. Nesse aspecto, pouco difere o cenário do registro de imóveis no plano nacional.

O sistema bancário também fornece alguns subsídios. Cada banco tem um sistema que não é interoperável com os demais. A interoperabilidade é proporcionada por sistemas centralizados. A comunicação com todos os órgãos do Judiciário é feita por intermédio do Bacenjud, um sistema do Banco Central para onde todos convergem. Entre os bancos, a troca de dinheiro é feita pela Cetip, por intermédio da qual transitaram R\$ 3,5 bilhões em 2014. Como seria a integração se houvesse que ser construída banco a banco e tribunal a banco, um a um?

É digna dos maiores elogios a iniciativa do IRIB e a disposição dos registradores de promover a integração nacional pelo modelo descentralizado. De fato, não é tecnicamente impossível. Todavia, considero pouco provável que o objetivo seja atingido plenamente.

Tudo o que é possível fazer com um sistema descentralizado, em princípio, pode ser feito com mais facilidade, com menos investimentos, com menores custos de manutenção e com mais flexibilidade para atualização, ampliação ou troca de tecnologias num sistema centralizado.

Talvez alguns vejam no SINTER a tábua de salvação do registro, talvez vejam nele a plataforma de integração nacional, feita com recursos do governo

federal, talvez vejam comodidade e economia em apenas remeter todos os dados à receita federal e consultar, sem custos, a informação em uma base gráfica nacional. Se há quem veja desse modo, acredito que incorre em equívoco.

# 12. A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO IMÓVEL E O DOCUMENTO FIFTRÔNICO ESTRUTURADO

O manual operacional, cuja atribuição de elaboração, manutenção e publicação é da Secretaria da Receita Federal, é documento que disciplina a estrutura, o formato e as regras de validação das informações enviadas pelos serviços de registros públicos.<sup>6</sup>

Determina-se sejam enviados documentos nato digitais estruturados que identifiquem a situação jurídica do imóvel, do título ou do documento registrado.<sup>7</sup> As informações devem ser atualizadas a cada ato registral, assim considerados os atos de registro e de averbação.<sup>8</sup>

A ideia de que o registro de imóveis deve fazer integrar na matrícula a consolidação da situação jurídica do imóvel, e que as informações devam compor um documento eletrônico estruturado, de modo a permitir a automação de tarefas, tais como a expedição de certidões, nasceu durante os trabalhos de criação do Srei, nos anos de 2010 a 2012.

Apesar da ampla informatização dos registros públicos, muito ainda é mera reprodução de processos tradicionais praticados em papel. A situação jurídica do imóvel é apurada a cada qualificação de título, a partir do estudo da cadeia registral. O registrador realiza essa tarefa, porém, descarta a informação ao consumar o registro. A certidão imobiliária, em regra, é dada mediante cópia integral da matrícula. Transfere-se ao solicitante a leitura e extração das conclusões sobre direitos e gravames.

Para a quase totalidade das consultas, o solicitante tem interesse tão somente na situação jurídica presente. São três as questões a serem respondidas: 1) qual é o imóvel (localização, descrição, medidas, área), 2) quem são os titulares de direitos, e 3) se existem e quais são os gravames ou restrições (hipotecas, alienações fiduciárias, servidões de passagem, restrições urbanísticas ou ambientais etc.).

<sup>6.</sup> Decreto 8.764, art. 2.°, f.

<sup>7.</sup> Idem, art. 5.°.

<sup>8.</sup> Idem, art. 2.°, II.

Não haja obrigatoriedade na Lei de Registros Públicos, mas é plenamente possível e extremamente conveniente que a situação jurídica do imóvel seja consolidada e vinculada à matrícula. As certidões imobiliárias poderiam conter apenas tais informações (salvo solicitação em contrário). A expedição de certidões e a qualificação de títulos tornar-se-iam mais fáceis e rápidas. Num sistema de escrituração eletrônica, a informação registral seria apresentada em documento eletrônico estruturado, preferencialmente em XML – eXtended Markup Language.

Inovações na metodologia de trabalho e na aplicação da tecnologia digital, úteis ao serviço registral, estão a caminho, não por iniciativa dos registradores, mas por imposição do Poder Executivo Federal.

#### 13.0 SINTER NÃO É SUBSTITUTO DO SREI

O Srei objetiva a integração do serviço sem centralização de dados.

O SINTER não é forma de integração do serviço e, por outro lado, promove a construção de uma base nacional de informações registrais, fora do serviço delegado. Deverá gerar enormes custos aos registradores e entidades associativas para atender padrões impostos pelo governo federal, padrões que os registradores criaram, mas que não chegaram a implementar.

# 14. A NECESSIDADE DE CONTROLE ESTATAL DAS INFORMAÇÕES IMOBILIÁRIAS: UM DISCURSO SEDUTOR

É fácil o argumento de que há necessidade de controle de dados imobiliários pelo governo federal. O combate à lavagem de dinheiro, à corrupção, à sonegação fiscal e à ocultação de patrimônio compõem forte conjunto de justificativas. E ninguém haverá de negar que tais ilícitos devam ser combatidos. Todavia, a estratégia escolhida pelo governo federal parece colidir frontalmente com a natureza, com a razão de ser e com o regime jurídico dos registros públicos.

O registrador é responsável pela preservação do sigilo dos dados patrimoniais e pessoais do cidadão. A consulta de informações é pública, porém não é imune a controles. O fato de os órgãos públicos poderem requisitar informações, não significa que possam apropriar-se da totalidade do acervo.

O texto do decreto presidencial deixa a impressão de que as informações cadastrais têm a mesma natureza que a informações dos registros públicos, ou que tais acervos tenham propósitos coincidentes.

O registro público é um registro de direitos. É uma ferramenta de proteção do cidadão, eventualmente contra o próprio Estado, e que não tem o Estado como destinatário.

A construção de um cadastro imobiliário não está entre os propósitos do serviço de registro de imóveis, por não coincidir com sua finalidade. Um banco de dados espaciais, embora útil como ferramenta de apoio à atividade registral, não é essencial para o registro. A unificação com o cadastro distorce a natureza do registro.

# 15. A consulta por órgãos das três esferas, Judiciário e Ministério Público

Estabelece o art. 7.º, do Decreto, que "O acesso dos órgãos e das entidades da administração pública federal às centrais de serviços eletrônicos compartilhados de registradores para operações de consulta, visualização eletrônica de matrículas e de títulos, requisição e resposta será operado exclusivamente por meio de interface do SINTER, que será responsável pela habilitação, pela identificação e pelo controle de acesso de seus usuários." (g.n.).

Aparentemente, realizará o SINTER tarefa que deveriam realizar os registradores de imóveis, por intermédio de uma central ou de centrais de serviços eletrônicos compartilhados. Vislumbra-se a possibilidade de órgãos federais realizem varredura nas informações imobiliárias sem que, sequer, sejam identificados, aparentando tratar-se de atividade da Secretaria da Receita Federal.

Não é demais aventar que, havendo na estrutura do SINTER uma base completa de informações imobiliárias do país, nem mesmo seja necessário que os órgãos consulentes acessem as centrais dos registradores. Em não muito tempo, a informação do SINTER será mais valiosa do que a informação do registrador.

# 16. A base imobiliária gráfica: os registradores não têm, mas a Governo Federal terá

O registro de imóveis não é gráfico!

As informações dos registros imobiliários são descritivas, textuais. Embora se arquivem plantas e mapas, não se trata de uma base gráfica. Os elementos gráficos são meros instrumentos de apoio à atividade. Com exceção dos registros mais recentes, feitos com georreferenciamento, as descrições são meramente indicativas. O desenho perimetral depende de informações buscadas em

registros anteriores, antigas transcrições, ou nos registros dos vizinhos (inicia onde termina o imóvel confinante...).

Em descrições antigas, os imóveis são apresentados de maneira bastante vaga e, muitas vezes, os pontos de referência nem mais existem (riachos, árvores, pedras etc.). A descrição, nem sempre fecha perfeitamente um perímetro. Não se trata de problema ou deficiência do serviço. Trata-se de característica de sua formação, umas das mais antigas atividades humanas. Não havendo conflito sobre limites, as imprecisões ou incorreções são irrelevantes.

Porém, nos termos do decreto, haverá camada gráfica com as informações imobiliárias

Pelo art. 1.º do Decreto, haverá a Receita Federal de receber apenas *dados jurídicos* do serviço de registros públicos. Os *dados espaciais* serão produzidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Informações que hoje não estão em documentos eletrônicos estruturados e que não são gráficas nos registros de imóveis do país, assim serão no banco de dados da Secretaria da Receita Federal.

O art. 8.º, estabelece: O SINTER agregará informações registrais, cadastrais, fiscais e geoespaciais provenientes de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos serviços de registros públicos e das pessoas jurídicas de direito privado. (g.n.)

Não é simples a tarefa de compor dados jurídicos com dados geoespaciais para formar mapas digitais. Sabem os registradores que a localização do imóvel em mapas e plantas, a partir dos dados descritivos, muitas vezes depende de uma investigação mais ampla.

Nos termos do decreto, o Governo Federal disporá de uma base gráfica que nem os registradores têm.

## 17. A ESTATIZAÇÃO DOS DADOS E A PERDA DA RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE

Não consta dentre os propósitos do serviço registral, e nem é um dos efeitos da integração pela implantação do sistema de registro eletrônico, a concentração das informações registrais. Desse modo, a transferência da totalidade das informações ao governo federal, sob a forma de documento eletrônico estruturado, com a consolidação da situação jurídica do imóvel, e a composição desses dados com informações geoespaciais de múltiplos órgãos federais poderá representar verdadeira estatização da informação. Não será a tão temida estatização do serviço, mas poderá deixar pouca coisa de fora. É bem provável a redução na relevância da atividade.

# 18.0 Srei não impediria o SINTER, mas o governo federal aproveitou o vácuo deixado pelos registradores de imóveis

Venceu em julho de 2014 o prazo de cinco anos da *Lei* 11.977/2009, para implantação do registro eletrônico no território nacional, e, em junho de 2016, o prazo de 360 dias, do *Provimento* 47 da Corregedoria Nacional de Justiça, para implantação das centrais de serviços eletrônicos compartilhados em cada uma das unidades da federação.

É certo que a implantação do Srei não impediria medidas do governo federal para atender seus específicos interesses. No entanto, o Decreto de implantação do SINTER, de 10.05.2016, encontrou um conveniente vácuo no serviço de registro de imóveis nacional, eis que não há, até o momento, integração que permita a interação plena com órgãos públicos.

É natural que os órgãos privados e públicos, especialmente os federais, pretendam obter dados de todo o território nacional a partir de *consulta única*.

Causa perplexidade que atividade registral, cujo regramento é privativo do Poder Judiciário, seja regrada por decreto do Poder Executivo. Este pode requisitar informações, mas não pode regrar a atividade. Da mesma maneira, órgãos do Poder Executivo não são normatizados pelo Poder Judiciário.

O Dec. 8.764/2016 coloca os serviços de registros públicos na condição de prestadores de informação e, ao mesmo tempo, de usuários do SINTER, ao lado dos serviços notariais, dos órgãos da administração pública federal, direta e indireta, das administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e da própria Secretaria da Receita Federal. Trata-se de inversão de papéis.

<sup>9.</sup> Art. 3°, § 1° Serão usuários do SINTER:

I – a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

II – os órgãos e as entidades da administração pública federal direta e indireta;

III – os serviços de registros públicos e os serviços notariais; e

IV – as administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante convênio celebrado com a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

<sup>§ 2</sup>º Fica assegurado aos órgãos do Poder Judiciário e ao Ministério Público o acesso às informações armazenadas no Sinter, por meio de interface própria.

<sup>§ 3</sup>º Caberá aos órgãos e às entidades da administração pública que compartilharem informações por meio do Sinter assegurar a interoperabilidade de dados e de informações de seus bancos de dados, cadastros e sistemas.

### 19. Conclusões

É louvável que o Governo Federal pretenda unificar as dezenas de cadastros geridos por seus vários órgãos, e que pretenda compor um banco de dados multifinalitário. As modernas tecnologias de bancos de dados, e de captura e tratamento de imagens de alta resolução remetem, naturalmente, à formação de um bando de dados geoespaciais, ou seja, de mapas digitais organizados em camadas, conforme a natureza e a origem das informações que as compõem. Tal sistema poderá revelar-se a mais poderosa ferramenta do gestor público do futuro. Todavia, se esta é sua característica mais marcante, não se vê porque a administração haja sido cometida à Secretaria da Receita Federal, e não a órgãos de planejamento.

O registro de imóveis tem o enorme desafio de implantar um sistema nacional de registro eletrônico e, por esse intermédio, promover sua integração nacional. Muito tempo já passou, e muito ainda falta para que esse projeto se torne realidade. O emprego de avançadíssima tecnologia digital, em todas as atividades humanas, cobra do registro de imóveis um salto tecnológico. A valorização da essência da atividade registral depende de incremento em sua relevância nas relações econômicas e sociais. Nos próximos anos, assistiremos a uma explosão do mercado imobiliário no Brasil. O financiamento imobiliário pode crescer várias ordens de magnitude antes de aproximar-se da participação no PIB que se observa nas maiores economias do mundo. Todo esse processo depende da eficiência e velocidade dos registros.

A virtualização da atividade pode ser dividida em duas camadas: a externa, que compreende as relações entre o registrador e o usuário, e a interna, que diz respeito às atividades de escrituração e arquivamento de documentos. Ainda estamos tratando da camada externa.

O site *Observatório do Registro*, hospedado no portal da *ABDRI – Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário*, reproduz apresentação havida no XXIV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em Belo Horizonte, Minas Gerais, em setembro de 1997, 10 em que se discutiu a importância da

<sup>10.</sup> Trecho extraído da transcrição da exposição intitulada Dos Livros do Registro ao Fólio Real Eletrônico apresentada no XXIV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado entre os dias 15 e 19 de setembro de 1997 na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, com base no trabalho realizado em conjunto por Kioitsi Chicuta, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ary José de Lima, registrador em Santos (SP) e Sérgio Jacomino, registrador em São Paulo (SP). Disponível em: [https://cartorios.org/2016/10/07/dos-livros-do-registro-ao-folio-real-eletronico/#more-7109] (consulta em 12 de outubro de 2016).

escrituração eletrônico nos registros de imóveis e a imprestabilidade da mera digitalização (escaneamento) de matrículas. Passados quase 20 anos, ainda estamos tratando da troca de documentos eletrônicos entre o registro de imóveis e os usuários do serviço.

Um modelo de registro eletrônico, que inclui a escrituração eletrônica com tecnologia *blockchain*, <sup>11</sup> está disponível desde 2012. Enfrentam os registradores o desafio de implementá-lo, substituindo a versão original centralizada por uma versão descentralizada, trazida pelo Provimento 47, do Conselho Nacional de Justiça.

Utilizando-se o paradigma da implantação do processo digital no Tribunal de Justiça de São Paulo, pode-se intuir que quanto menor for a estrutura central do sistema, mais se exigirá do registrador nas pontas. O salto de modernização tem que ser dado por mais de 3.500 registradores brasileiros. Em pouco tempo, o registrador poderá gastar mais tempo, dinheiro e energia com assuntos de tecnologia digital, do que com direito registral.

A não implantação, até o momento, de um serviço nacional de registro eletrônico não é justificativa para que toda a informação imobiliária seja transferida para o governo federal. Se o problema fosse esse, mais sentido faria que se auxiliasse material e financeiramente a concretização do registro eletrônico, ao se reconhecer interesse público e interesse direto da administração.

Enquanto a modernização não vem, o governo federal mostra seu apetite por informações de toda ordem (a mercadoria mais valiosa destes tempos). O Dec. 8.764/2016 determina a construção de uma base de dados registrais, em mãos do Poder Executivo, mais ampla do que disporá o próprio serviço de registro de imóveis. Embora o registro seja descritivo, a base federal será gráfica. Os registros públicos terão a condição de usuário do sistema de informações territoriais, numa completa inversão de papéis.

O SINTER viola a regra constitucional que coloca em mãos do registrador de imóveis a guarda e o sigilo das informações registrais imobiliárias. O decre-

<sup>11.</sup> A *blockchain* – originally, *block chain* – is a distributed database that maintains a continuously-growing list of records called *blocks* secured from tampering and revision. Each block contains a timestamp and a link to a previous block. The blockchain is a technology that underlies bitcoin – conceived in 2008 and first implemented in 2009 – where it serves as the public ledger for all transactions. In the bitcoin case, every compatible client is able to connect to the network, send new transactions to it, verify transactions, and take part in the competition to create new blocks. The competition creating new blocks is known as *mining*. The bitcoin design has been the inspiration for other applications. (*in* https://en.wikipedia.org/wiki/Blockchain\_(database)).

to de criação viola competência legislativa e, na parte em que cabível norma administrativa, viola atribuição do Poder Judiciário.

A investigação patrimonial, não antecedida de autorização judicial, implica quebra de sigilo. Por mais desejáveis e necessários que sejam o combate à lavagem de dinheiro e à ocultação patrimonial, não se pode passar por cima de direitos constitucionais. Ademais, a tentativa de unificar cadastro e registro não afasta a possibilidade de se alcançarem resultados exatamente opostos aos pretendidos, ou seja, incremento da informalidade nos negócios imobiliários, situação vivida por países que tentaram essa estratégia.

### PESOUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- O estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento, de Sérgio Jacomino – RDI 77/107-123 (DTR\2014\18610);
- Princípio da territorialidade: estudo sobre a sua relevância no registro (eletrônico) de imóveis, de Marcelo Krug Fachin Torres – RDPriv 69/169-194 (DTR\2016\23060); e
- Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, de Paulo José Leonesi Maluf – RDI 80/125-142 (DTR\2016\19742).

# A responsabilidade civil dos notários e registradores e a edição da Lei 13.286, de 10 de maio de 2016

# Civil liability of notaries and registrars and the Federal Law 13286, of may 10<sup>th</sup>, 2016

#### DEMADES MARIO CASTRO

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Tabelião de Notas e Protesto em Bauru/SP demades@3tabeliao.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: O presente trabalho busca estudar a responsabilidade civil dos notários e registradores a partir de seu fundamento no art. 236, § 1.º da CF/1988, realizando uma análise da legislação federal infraconstitucional pertinente, até a edição da Lei 13.286/2016, e de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial nos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Responsabilidade civil – Notário – Registrador – Lei 8.935/1994 – Lei 13.286/2016.

**Abstract:** This text studies the liability of notaries and registrars from its basis in article 236, § 1st, of the Brazilian Federal Constitution, by an analysis of the federal legislation until the Federal Law 13.286/2016, and its interpretation doctrinaire and in the Brazilian Superior Courts jurisprudence.

**Keywords:** Civil liability – Notary – Registrar – Brazilian Federal Law 8.935/1994 – Brazilian Federal Law 13.286/2016.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamento constitucional. 3. Evolução histórica da regulamentação infraconstitucional após 05.10.1988. 3.1. Legislação Federal vigente em 05.10.1988 – Código Civil de 1916 e Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/1973). 3.2. Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8.078/1990. 3.3. Lei dos Notários e Registradores (Lei dos Cartórios) – Lei Federal 8.935/1994. 3.4. Lei de Protesto – Lei Federal 9.492/1997. 3.5. Código Civil de 2002 (Lei Federal 10.406/2002). 3.6. Lei Federal 13.137/2015. 3.7. Lei Federal 13.286/2016. 4. A atividade jurídica notarial e registral. 5. Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 842.846/SC) e Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

A atividade notarial e registral, por sua essência e nos termos do art. 236, da CF/1988, é uma atividade *pública*, sendo outorgado ao notário e ao registrador somente o seu *exercício*, o qual se dá em *caráter privado*.

Notários e registradores, enquanto exercentes de atividade de natureza pública, cuja titularidade da delegação é outorgada pelo Estado, configuram-se como peculiares exemplos de *pessoas naturais* que operam na condição de *particulares em colaboração com o Poder Público* e que, portanto, têm a condição de *agentes públicos*.

No entanto, não se pode esquecer que, em virtude de o exercício da atividade pública ocorrer em *caráter privado*, a responsabilidade civil de notários e registradores, no âmbito do Direito Civil, configura-se enquanto responsabilidade civil profissional, de uma espécie *sui generis* de operadores do direito, os quais, na letra do art. 3.º, da Lei 8.935/1994 são: "profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro."

Essa dicotomia entre público e privado pauta todas as relações jurídicas atinentes aos notários e registradores, e, com relação à responsabilidade civil, que é o tema deste trabalho, a seguir se passara a examinar, desde seus fundamentos constitucionais até a edição da Lei 13.286/2016, analisando, também, a pertinente doutrina e jurisprudência das Cortes Superiores.

### 2. Fundamento constitucional

Embora não se ignore os respeitáveis pensamentos, expressos na doutrina e na jurisprudência, acerca do fundamento constitucional para a responsabilização civil do notário e do registrador, principalmente os que admitem que a responsabilidade civil dos titulares de delegação do serviço extrajudicial decorra diretamente do disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal,¹ este traba-

 <sup>&</sup>quot;Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

 (...)

<sup>§ 6</sup>º: As *pessoas jurídicas* de direito público e as de *direito privado* prestadoras de *serviços públicos* responderão pelos danos que seus *agentes*, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

lho parte do pressuposto de que a base constitucional para a responsabilização civil desses profissionais do direito encontra-se no Título "Das Disposições Constitucionais Gerais", no art. 236, § 1.°,² aplicando-se o disposto no art. 37, § 6.° somente para o eventual caso de responsabilidade civil do Estado, decorrente das atividades notariais e registrais, se e quando o Estado for chamado a responder.

Neste particular, somente a título de justificativa, a fundamentação para o afastamento da aplicação da regra constitucional do art. 37, § 6.º e da utilização da regra prevista no art. 236, § 1.º, dá-se por aplicação do critério da *especialidade*, em privilégio da aplicação da *regra específica*, contida no art. 236, § 1.º, afastando, em particular, para notários e registradores, a responsabilidade genérica do prestador de *serviço público*, da qual trata o art. 37, § 6.º.

A ser acrescentado ao critério já referido, para a solução do conflito aparente de regras constitucionais, tem-se, ainda, o fato de que, se aplicado diretamente a notários e registradores o disposto no art. 37, § 6.º da CF/1988, o consequente lógico seria a inevitável e completa *ineficácia* do dispositivo do art. 236, § 1.º, da Carta Magna, o que contrariaria o postulado do *legislador racional* e os princípios da *unidade da constituição*, do *efeito integrador*, da *máxima efetividade*, da *justeza*, da *harmonização* e da *força normativa* da Constituição.<sup>3</sup>

Outro fator a ser observado, neste caso, diz respeito à eficácia das diferentes normas constitucionais.

 <sup>&</sup>quot;Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

<sup>§ 1</sup>º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário."

<sup>3.</sup> A respeito desse postulado, critérios e princípios para interpretação das normas constitucionais as referências encontram-se nos trabalhos seguintes:

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1133-1226.3

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 119.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 266.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327.

\_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

Pois, enquanto o art. 37, § 6.º da CF/1988 se revela em *norma constitucional* de eficácia plena e imediata, o art. 236, § 1.º, da CF/1988, apresenta-se como norma constitucional de eficácia contida ou contível e imediata.<sup>4</sup>

Em efeitos práticos, extrai-se que ao criar uma *norma de eficácia contível e imediata* no art. 236, § 1.°, possibilitando a disciplina da responsabilidade civil de notários e registradores pelo Legislador Ordinário, o Constituinte Originário quis privilegiar a *especialidade* da responsabilidade civil dos titulares das delegações notariais e registrais, em face de uma suposta aplicabilidade da responsabilidade geral dos prestadores de serviços públicos, da qual trata, em *norma de eficácia plena e imediata* o art. 37, § 6.°, da Carta Magna.

# 3. Evolução histórica da regulamentação infraconstitucional após 05.10.1988

Afastada de notários e registradores a responsabilidade estatuída no art. 37, § 6°, da Constituição Federal, e considerada somente a responsabilidade de que trata o art. 236, § 1°, da Constituição Federal, como aplicável, pelo critério da *especialidade*, conforme já estudado, cabe examinar a legislação infraconstitucional de regência, desde a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988.

# 3.1. Legislação Federal vigente em 05.10.1988 – Código Civil de 1916 e Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/1973)

Por ser o art. 236, § 1°, da Constituição Federal, uma norma constitucional de *eficácia contida ou contível*, a qual dispôs que notários e registradores responderão civilmente, de forma *direta*, pelos atos que praticarem, mas determinou que a lei ordinária disciplinasse a responsabilidade civil de notários e registradores, faz-se necessário consultar a legislação infraconstitucional pertinente.

A respeito do tema vigoravam, em 05.10.1988: (i) o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/2016) e (ii) a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

<sup>4.</sup> Sobre este assunto:

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 171.

A responsabilidade civil, em termos genéricos era tratada, no Código Civil de 1916, em seu art. 159.<sup>5</sup> Esta era a cláusula genérica de responsabilidade *subjetiva*, *direta* e por ato próprio, dependente da aferição de culpa, de acordo com a qual seria considerado *ato ilícito* e sujeitando o agente a responder pelos danos eventualmente causados a outrem, o ato praticado com imprudência, negligência ou imperícia.

No entanto, o mesmo Código Civil de 1916, continha disposição de responsabilidade civil por *ato de terceiro*, em seu art. 1.521, III.<sup>6</sup>

Dessa forma, seriam notários e registradores igualmente responsabilizados, agora por ato de *terceiro*, caso algum empregado ou preposto seu tivesse dado causa a qualquer dano, mas, novamente, desde que comprovada a culpa, em qualquer de suas modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

Quanto aos registradores, a saber: (i) os Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais, (ii) os Oficiais do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, (iii) os Oficiais do Registro de Títulos e Documentos, e (iv) os Oficiais do Registro de Imóveis; a lei regulamentadora da responsabilidade civil estatuída pelo art. 236, § 1.º da CF/1988, era a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), a qual não trata de notários – tabeliães de notas e de protesto – mas somente dos oficiais de registro.

A Lei de Registros Públicos, na condição de *lei especial*, com relação ao Código Civil de 1916, era a lei especial aplicável à época, para responsabilidade civil dos registradores, em 05.10.1988, e regulou a matéria em seu art. 28,7 dispondo expressamente ser a responsabilidade civil de natureza subjetiva.

Com relação ao seu conteúdo e aplicação prática, a Lei de Registros Públicos regulamentou a responsabilidade civil especificamente para os registradores, da mesma forma que o Código Civil de 1916 já regulava, e continuou

<sup>5. &</sup>quot;Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553."

<sup>6. &</sup>quot;Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: (...)

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício.do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522)."

<sup>7.</sup> Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

regulando a responsabilidade geral, e dos notários, a saber: de forma subjetiva, dependente de aferição de *culpa* em qualquer de suas modalidades e com previsão de responsabilização *indireta* por ato de prepostos.

#### 3.2. Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8.078/1990

Em 11.09.1990 foi editada a Lei Federal 8.078/1990, com vacância de 180 dias após a publicação, entrando em vigor em 12.03.1991, com o objetivo de estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, conforme os termos dos arts. 5.°, XXXII, 170, V, da CF/1988 e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O art. 2.°, do CDC, define a figura do *consumidor*, como o *destinatário final*, de um produto ou serviço<sup>8</sup> e o art. 3.° define o *fornecedor*.<sup>9</sup>

E o § 2.°, do art. 3.°, dispõe sobre o serviço, abarcando qualquer atividade, desde que fornecida no mercado de consumo.<sup>10</sup>

Os serviços, no Código de Defesa do Consumidor, ganham um sentido amplo, englobando os serviços oferecidos pelo Poder Público, ou por seus delegados, sob qualquer forma de empreendimento, nos termos de seu art. 22.<sup>11</sup>

Com relação a toda a polêmica existente, na doutrina e jurisprudência, acerca da aplicabilidade ou não, do Código de Defesa do Consumidor, às atividades notariais e registrais, não cabe, neste estudo, um aprofundamento sobre o tema.

Deve-se, entretanto, afirmar que, sendo aplicável a Legislação Consumerista, notários e registradores, devem ser tratados como *profissionais liberais*, para

<sup>8. &</sup>quot;Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

<sup>9. &</sup>quot;Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

<sup>10. &</sup>quot;Art. 3º. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

<sup>11. &</sup>quot;Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos."

os fins da atribuição da responsabilidade civil subjetiva, por aplicação do § 4.°, do art. 14, do mencionado Código.<sup>12</sup>

Isto porque, na definição proposta por Roberto Senise Lisboa, a qual ora se adota, o *profissional liberal*, para os fins do referido Código do Consumidor: "é a pessoa física que desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação." <sup>13</sup>

E este é, perfeitamente, o caso de notários e registradores, nos termos do art. 236 e parágrafos, da CF/1988. *Pessoas físicas*, que recebem a delegação do Estado, para o exercício da atividade notarial e de registro, em *caráter privado*, sob a fiscalização do Poder Judiciário.

#### 3.3. Lei dos Notários e Registradores (Lei dos Cartórios) – Lei Federal 8.935/1994

Em 18.11.1994 foi editada a Lei 8.935/1994, a qual entrou em vigência em 21.11.1994, para regulamentar o art. 236, da CF/1988, dispondo especificamente sobre a disciplina da atividade notarial e registral no Brasil.

O art. 22, da Lei 8.935/1994 tinha, em sua redação original, o seguinte texto:

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.

Esta redação ocasionou polêmica, na doutrina e na jurisprudência, principalmente com relação à natureza da responsabilidade civil ali estatuída, se *objetiva* ou *subjetiva*, na medida em que o transcrito art. 22, em sua redação original, foi sucinto ao determinar que notários e registradores *responderão* pelos danos que *eles e seus prepostos* causarem a *terceiros*, na prática de *atos próprios da serventia*.

Com relação à interpretação da redação original do mencionado art. 22, poderiam ser identificadas cinco principais correntes doutrinárias, a saber:

(i) os que entendiam ser a responsabilidade dos notários e registradores, de natureza *objetiva*, por aplicação direta do art. 37, § 6.°, da CF/1988, dando ou não importância ao disposto na Lei Ordinária, sendo que, filiados a esta cor-

(...)

<sup>12. &</sup>quot;Art. 14.

<sup>\$</sup> 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

<sup>13.</sup> LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 325.

rente, podem ser mencionados: Yussef Said Cahali,<sup>14</sup> Sérgio Cavalieri Filho,<sup>15</sup> Ivan Ricardo Garisio Sartori,<sup>16</sup> Ricardo Cunha Chimenti,<sup>17</sup> Luis Manuel Fonseca Pires,<sup>18</sup> Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo<sup>19</sup> e Irene Patrícia Nohara;<sup>20</sup>

(ii) os que viam a responsabilidade do art. 22, da Lei 8.935/1994, como direta e objetiva, fundada no risco e em paralelismo com o disposto na responsabilidade do Estado, da qual trata o art. 37, § 6.º da CF/1988, sendo que, a esta corrente se filiavam, notadamente: José Renato Nalini,<sup>21</sup> Luís Paulo Aliende Ribeiro,<sup>22</sup> Cláudio Antônio Soares Levada,<sup>23</sup> Paulo Valério Dal Pai Moraes,<sup>24</sup> Renato Luís Benucci<sup>25</sup> e Bianca Sant´anna Della Giustina;<sup>26</sup>

- 20. NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. p. 756.
- 21. NALINI, José Renato. A responsabilidade civil do notário. *RJTJESP*, n. 130/19. São Paulo: Lex, 1991. p. 21.
- 22. RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.
- 23. LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil do notário público. *Revista de Direito Privado*, n. 8/40. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os tabeliães, os oficiais registradores e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 61/142. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- 25. BENUCCI, Renato Luís. A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 74/239. São Paulo: Ed. RT. Jan, 2013. p. 248.
- 26. DELLA GIUSTINA, Bianca Sant'anna. *Responsabilidade do estado por atos de serventu- ários extrajudiciais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 91.

<sup>14.</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 263.

<sup>15.</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 276.

<sup>16.</sup> SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 53/102. São Paulo: Ed. RT, 2002.

<sup>17.</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. Responsabilidade civil do Estado e o Conselho Nacional de Justiça. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1376.

<sup>18.</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Responsabilidades civil e funcional dos notários e registra-dores*. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (coord.). *Direito Notarial e Registral Avançado*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 63-75.

<sup>19.</sup> CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. Responsabilidade civil do delegatário notarial e de registros públicos. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36/169. Rio de Janeiro: EMERJ, 2006.

- (iii) os que compreendiam a responsabilidade do art. 22 como *direta* e *objetiva*, fundada na *Teoria da Culpa do Serviço* (*faute du service*), corrente defendida por Venicio Antonio de Paula Salles;<sup>27</sup>
- (iv) os que viam a responsabilidade do art. 22, como *direta* e *objetiva*, de forma autônoma, pela simples *literalidade* do texto do dispositivo, em contraposição à exigência do elemento subjetivo exigido para o exercício do direito de regresso em face do preposto, opinião defendida por Luiz Guilherme Loureiro;<sup>28</sup> e, finalmente,
- (v) os que compreendiam ser a responsabilidade do art. 22, da Lei Federal 8.935/1994, em sua redação original, já como *direta* e *subjetiva*, fundada na *culpa*, corrente defendida por Rui Stoco,<sup>29</sup> José de Aguiar Dias,<sup>30</sup> Carlos Roberto Gonçalves,<sup>31</sup> Décio Antonio Erpen,<sup>32</sup> Ricardo Henry Marques Dip,<sup>33</sup> Gabriel Zefiro,<sup>34</sup> Maria Helena Diniz,<sup>35</sup> Sílvio de Salvo Venosa,<sup>36</sup> Walter

- 33. DIP, Ricardo Henry Marques. *Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores*. In: DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 361.
- 34. ZEFIRO, Gabriel. Responsabilidade Civil de Notários e Registradores. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 92/13. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2012. p. 16.
- 35. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 328.
- 36. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 4. p. 286.

<sup>27.</sup> SALLES, Venicio Antonio de Paula. Responsabilidade civil extracontratual dos notários e registradores. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1115.

<sup>28.</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 8.

<sup>29.</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 681.

<sup>30.</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 690.

<sup>31.</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 432.

<sup>32.</sup> ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 47/103. São Paulo: Ed. RT. Jul, 1999.

Ceneviva,<sup>37</sup> Hércules Alexandre da Costa Benício,<sup>38</sup> Arnaldo Rizzardo,<sup>39</sup> Sonia Marilda Péres Alves,<sup>40</sup> Letícia Franco Maculan Assumpção,<sup>41</sup> Henrique Bolzani,<sup>42</sup> Elaine Garcia Ferreira,<sup>43</sup> Marcelo Antônio Guimarães Flach,<sup>44</sup> Carlos Roberto Teixeira Guimarães,<sup>45</sup> Augusto Lermen Kindel<sup>46</sup> e Karin Regina Rick Rosa.<sup>47</sup>

Essa redação original do art. 22 da Lei 8.935/1994 foi modificada pela edição da Lei 13.286/2016, à qual será tratada especificamente mais adiante, sendo pertinente neste momento prosseguir com a cronologia das alterações legislativas.

### 3.4. Lei de Protesto – Lei Federal 9.492/1997

Em 10 de setembro de 1997 foi editada a Lei 9.492/1997, a qual define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Referida Lei, conhecida como

<sup>37.</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*: *Lei 8.935/94*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

<sup>38.</sup> BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 269.

<sup>39.</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 387.

<sup>40.</sup> ALVES, Sonia Marilda Péres. Responsabilidade civil de notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. Revista de Direito Imobiliário, n. 53/93. São Paulo: Ed. RT. Jul, 2002.

<sup>41.</sup> ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. Função notarial e de registro. Concurso público, regime jurídico e responsabilidade civil. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011. p. 141.

<sup>42.</sup> BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e dos registradores*. São Paulo: Ed. LTr, 2007. p. 110.

<sup>43.</sup> FERREIRA, Elaine Garcia. A responsabilidade civil dos notários e registradores. *Revista Fé Pública*, n. 16/44. Rio de Janeiro: Anoreg/RJ, set., 2012.

<sup>44.</sup> FLACH, Marcelo Guimarães. Responsabilidade civil do notário e do registrador: de acordo com o novo Código Civil. Porto Alegre: AGE, 2004. p. 46.

<sup>45.</sup> GUIMARÃES, Carlos Roberto Teixeira. *A responsabilidade civil cartorária extrajudicial*. Rio de Janeiro: o autor, 2005. p. 85.

<sup>46.</sup> KINDEL, Augusto Lermen. *Responsabilidade civil dos notários e registradores*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 149.

<sup>47.</sup> ROSA, Karin Regina Rick. Reflexões acerca da responsabilidade civil dos notários. *Boletim Informativo Notarial e Registral*, n. 5241. São Paulo: INR, maio, 2012.

Lei do Protesto, também contém uma regra sobre responsabilidade civil, ainda que limitada somente aos Tabeliães de Protesto.

No art. 38, da Lei 9.492/1997, há a disposição expressa de que os Tabeliães de Protesto respondem civilmente, por culpa ou dolo.<sup>48</sup> Ou seja, fica declarada expressamente a responsabilidade de natureza subjetiva.

No entanto, a mesma divergência doutrinária, já relatada, permaneceu com relação às demais especialidades notariais e registrais e, mesmo com relação à responsabilidade específica dos protestadores de títulos, poucos doutrinadores<sup>49</sup> se manifestaram expressamente, no sentido de vislumbrar distinção entre esta e a responsabilidade civil de notários e registradores em geral (com base no art. 22 da Lei 8.935/1994).

#### 3.5. Código Civil de 2002 (Lei Federal 10.406/2002)

Depois de mais de trinta anos de tramitação no Congresso Nacional e diversas atualizações, em 10.01.2002, foi sancionado o projeto de Código Civil, inicialmente elaborado pela comissão composta pelos juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família), Torquato Castro (Direito das Sucessões), e presidida por Miguel Reale, com as modificações introduzidas ao longo desse tempo.

Em contraposição ao Código Civil de 1916, que era fruto de uma sociedade predominantemente rural e dotado de uma visão criticada de individualista e patrimonialista, o "novo" Código Civil veio fundado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, voltado a uma sociedade urbana, massificada e complexa.

Com relação à responsabilidade civil, a noção de *culpa* do Código de 1916 não foi abandonada pelo Código Civil de 2002. Ao contrário, a *regra geral* em termos de responsabilidade civil permanece fundada na *culpa*, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia); entretanto foi

<sup>48. &</sup>quot;Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso."

<sup>49.</sup> Bianca Sant'anna Della Giustina faz esta distinção em: DELLA GIUSTINA, Bianca Sant'anna. *Responsabilidade do estado por atos de serventu-ários extrajudiciais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 91.

introduzido um novo elemento, o *risco*, a fundamentar a responsabilização, independentemente da investigação de culpa, mas de forma excepcional à regra da responsabilidade subjetiva.

Álvaro Villaça Azevedo aponta que, na vigência do Código Civil de 2002, a *culpa* continua sendo o principal fundamento da responsabilidade extracontratual, apesar de conviver, no sistema, a responsabilidade pelo *risco*.<sup>50</sup>

Alvino Lima, ao descrever a evolução da *teoria do risco*, afirma que, hoje, convivem a responsabilidade baseada na *culpa* e a responsabilidade com fundamento no *risco*, principalmente quando se trata de *risco criado* pelo exercício de determinada atividade humana.<sup>51</sup>

José Fernando Simão, por sua vez, define que a denominada *teoria da culpa* continua sendo a regra geral de indenização estabelecida pelo Código Civil de 2002 e que a chamada *teoria do risco*, apesar de agora contar com uma cláusula genérica expressa, deve ser interpretada excepcionalmente. <sup>52</sup>

Embora já existisse uma regulamentação específica, em termos de responsabilidade civil, para os titulares das delegações extrajudiciais, a análise dos critérios do Código Civil, para o estabelecimento da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, demonstra sua importância na medida em que coube ao novo Código Civil disciplinar, em termos gerais, as relações pertinentes ao Direito Privado. E não se pode olvidar que, com relação aos titulares de delegação, apesar de a atividade notarial e registral ter natureza pública, seu exercício se dá em caráter privado, conforme disposição expressa do art. 236 da CF/1988.

### 3.6. Lei Federal 13.137/2015

Em 22 de junho de 2015 foi publicada e entrou em vigor a Lei 13.137/2015, de 19.06.2015, a qual, dentre outras providências não relacionadas com a atividade de notários e registradores, em seu art. 8.º, deu nova redação ao art. 22, da Lei 8.935/1994, nos seguintes termos:

<sup>50.</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. Curso de Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248.

<sup>51.</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 333.

<sup>52.</sup> SIMÃO, José Fernando. *A teoria do risco no novo Código Civil*. São Paulo. 2003. Disponível em: [www.professorsimao.com.br/artigos\_simao\_a\_teoria\_do\_risco.htm]. Acesso em 29 set. 2016, 19:05.

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos."

Esta Lei não trouxe inovação para o panorama deste estudo, tendo em vista que a alteração inseriu somente a expressão: "inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas" ao texto original do dispositivo legal.

#### 3.7. Lei Federal 13.286/2016

Em 11.05.2016 foi publicada e entrou em vigor a Lei 13.286/2016, de 10 de maio do mesmo ano, a qual dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22, da Lei 8.935/1994, que passou a ter a seguinte redação:

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial."

Com fundamento nesta nova redação fica estabelecida por lei, taxativa e expressamente, que a responsabilidade civil de notários e registradores é *subjetiva*, ou seja, fundada no dolo ou culpa (em qualquer de suas modalidades), por ato próprio ou por ato de seus prepostos (responsabilidade por ato de terceiros).

Sobre essa alteração legislativa Vitor Frederico Kümpel afirma que a nova redação dada ao art. 22 da Lei 8.935/1994: "põe fim à controvérsia acerca da responsabilidade civil de notários e registradores por dano causado aos usuários na prática da atividade pública a eles delegada", sendo que, para ele, notários e registradores "responderão subjetivamente por danos causados no exercício da atividade típica".<sup>53</sup>

<sup>53.</sup> KÜMPEL, Vítor Frederico. *A Lei 13.286/2016 e a responsabilidade subjetiva dos notários e registradores no exercício da atividade típica*. São Paulo. 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI239331,61044-A+lei+132862016+e+a+res ponsabilidade+subjetiva+dos+notarios+e]. Acesso em: 29 set. 2016, 21:02.

#### 4. A ATIVIDADE JURÍDICA NOTARIAL E REGISTRAL

A Lei 8.935/1994 regulamentou o art. 236 da CF/1988, reconhecendo, já em seu art. 1.º,54 que os serviços notariais e registrais se destinam a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos *atos jurídicos*.

E, no art. 3.º,55 dispôs que o notário, ou tabelião, e o oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito.

Resta, portanto, estabelecido que as atividades notariais e registrais são, por sua própria natureza e por definição legal, *atividades jurídicas*.

Enquanto atividades jurídicas, tanto a atividade notarial, quanto a registral, envolvem a qualificação dos próprios atos jurídicos ou de títulos, documentos representativos da realização de atos jurídicos.

Na definição de Luiz Egon Richter: "A qualificação notarial e registral compreende uma operação intelectiva, fundada num juízo prudencial e não num juízo meramente especulativo." <sup>56</sup>

Quanto ao notário, nas palavras de Ricardo Henry Marques Dip, esse profissional exerce um *ofício de jurista*, sendo que: "Ofício de jurista é dizer a execução de trabalho – ou de dever – que versa o direito; ser jurista, em síntese é ser 'alguém do direito', o que se ocupa de saber o direito."<sup>57</sup>

Ainda com base nas lições de Ricardo Dip: "Uma primeira nota diferencial do notário – o do tipo latino –, em relação a algumas outras profissões jurídicas, está na conjunção de alguma função pública com o predicado da liberdade profissional do notário." <sup>58</sup>

Para Dip: "O atributo de profissionalidade liberal implica, à partida, o caráter não crematístico de seu exercício – quer dizer, o não comprometimento

<sup>54. &</sup>quot;Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos."

<sup>55. &</sup>quot;Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro."

<sup>56.</sup> RICHTER, Luiz Egon. Qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo (coord.). Introdução do Direito Notarial e Registral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 194.

<sup>57.</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. *Prudência notarial*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 28.

<sup>58.</sup> Idem, p. 31.

preferencial com o lucro, destacando-se, quanto ao notário, sua referência final à res iusta (...)". <sup>59</sup>

Acrescenta Ricardo Dip que:

"A essa característica não crematística juntam-se, para definir a liberalidade profissional do notário, os indispensáveis requisitos de independência e de capacitação jurídicas, supostos que se exigem, designadamente, no tempo que precede à atividade notarial documentária, que exatamente se prepara com as funções de assessoramento e de conselho." <sup>60</sup>

E ressalta o mesmo autor que: "O que, efetivamente, dá forma à especialização notarial são dois atributos funcionais que não se satisfariam sem a liberalidade da profissão notarial: a assessoria e o conselho, que pressupõem a independência jurídica do notário e sua vocação primacial ao que é justo, sem excluir a agregada persecução da *res certa*." <sup>61</sup>

José Renato Nalini, por sua vez, reconhece a importância social do notário, ao afirmar que: "O notário é ainda o *conselheiro jurídico* das pessoas que têm questões a serem solucionadas e que não necessitam, para isso, ingressar nos tribunais." 62

Celso Fernandes Campilongo distingue a atividade do funcionário público daquela exercida pelos notários, ao consignar que:

"Os funcionários públicos atuam na qualidade de órgãos administrativos. Os notários, ao reverso, por mais relevante que seja sua função social, atuam como profissionais que agem por delegação do Poder Público, mas exercem e organizam seus serviços em caráter privado: atuam como particulares no exercício de uma atividade pública relativa ao direito privado. A administração age *quoad potestatem* e, por isso, submete-se ao regime geral de direito administrativo. É dessa fonte que emerge o ato administrativo. O notariado labuta *quoad officium* e submete-se à legislação orgânica dos registros públicos." 63

Narciso Orlandi Neto, por seu turno, assevera que: "O Notário, ao elaborar o instrumento do contrato, aconselha as partes, expondo-lhes como o Direito rege a relação que estão a construir; dá forma jurídica ao negócio pretendido.

<sup>59.</sup> Idem, p. 32.

<sup>60.</sup> Idem, ibidem.

<sup>61.</sup> Idem, p. 33.

<sup>62.</sup> NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 735.

<sup>63.</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Função social do notariado: Eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149.

Ele trata de expressar a vontade das partes, que é manifestada em sua presença. O documento produzido exprime apenas o que elas lhe disseram, mas na forma adequada à lei."<sup>64</sup>

Leonardo Brandelli ressalta que: "O juiz, o advogado e o tabelião têm posições distintas perante o fenômeno jurídico." 65

Com relação à atividade tabelioa consigna Brandelli que:

O tabelião, em sua investigação, busca fundamento sólido para levantar sobre si uma construção técnica que logo será levada ao *comércio* jurídico, onde ficará exposta a suportar todas as provas de boa e de má-fé, e onde deve circular com tanta maior facilidade quanto seja sua invulnerabilidade.

O cliente do notário quer, de maneira principal, um direito certo, firme, porém também um direito indisputável; e isso é, por outra parte, o que a sociedade, por seu turno, lhe reclama. Também aqui seu labor é de natureza precatória, uma vez que consiste em acautelar os interesses dos particulares, contra as eventualidades catapultadas da incerteza jurídica.<sup>66</sup>

E, da mesma forma, se opera nos países que adotam o tipo latino de notariado. O autor argentino Carlos Nicolas Gattari ressalta que:

Segundo algumas tendências, o aspecto 'profissional do direito' que as mesmas leis reconhecem ao notário, suas qualidades de assessor e conselheiro são determinantes nos dias de hoje, objetivamente, sua realização, vem a ser o fato mais importante que podemos encontrar dentro do campo notarial. Em consequência, estimam, nos encontramos em frente do objeto da ciência notarial, já que este aspecto fundamenta o caráter de confiança que oferece a profissão. 67-68

Na Itália também não é diferente, pois, conforme afirma Luca Siliquini Cinelli, o notário tem o papel de *oficial público*, ao afirmar que: "Somente investido como

<sup>64.</sup> ORLANDI NETO, Narciso. *Atividade notarial – noções*. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução do Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 15.

<sup>65.</sup> BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 216.

<sup>66.</sup> Idem, ibidem.

<sup>67.</sup> Tradução livre feita pelo autor, do original em espanhol: "Según algunas tendencias, el aspecto 'profesional del derecho' que las mismas leyes reconocen al notário, sus cualidades de asesor y consejero determinan al dia de hoy, objetivamente, su realización, o sea, el hecho más importante que podemos hallar dentro del campo notarial. En consecuencia, estiman nos hallamos frente al objeto de la ciencia notarial ya que este aspecto fundamenta el carácter de confianza que ofrece la profesión."

<sup>68.</sup> GATTARI, Carlos Nicolás. *El objeto de la ciencia del derecho notarial*. Buenos Aires: De Palma, 1969. p. 70.

oficial público o notário pode, na prática, ser um operador do direito supra partes capaz de conduzir sua essencial atividade."69-70

Entretanto, ressalta Luca Siliquini Cinelli que o notário: "é também um *profissional liberal*. Em outras palavras, ele não é, por assim dizer, um 'empregado do Estado'." <sup>71-72</sup>

Cesare Licini aponta que: "Na medida em que o notário latino é, ao mesmo tempo, um jurista, um 'juiz preventivo', um terceiro neutro de confiança mútua, um mediador e um exercente da soberania, esta profissão se consiste no papel de aconselhamento jurídico." 73-74

A União Internacional do Notariado Latino (UINL)<sup>75</sup> considera o notário do tipo latino, como um "oficial público detentor de uma delegação de poderes do Estado, sendo que estes poderes lhe permitem conferir, aos documentos que redige, a característica de autenticidade, de assegurar sua conservação e de lhes dar a força probatória e executória."<sup>76-77</sup>

- 75. A União Internacional do Notariado Latino (UINL) é uma organização não-governamental internacional, criada para promover, coordenar e desenvolver a função e as atividades notariais por todo o mundo.
  - A UINL está presente em 86 países, sendo: 22, dos 28 da União Europeia; e 15, dos 19 países do denominado "G20" grupo composto pelos 19 Estados Nacionais com as maiores economias do mundo, mais a União Europeia.
- 76. Tradução livre feita pelo autor, do original em francês: "*Article 3 Organisation du notariat.* 3.1.- Officier Public. Le notaire est un officier public qui tient une délégation de pouvoir de l'État, lui permettant de conférer aux documents qu'il rédige, le caractère d'authenticité, d'en assurer la conservation, et de leur donner la force probante et la force exécutoire."
- 77. Disponível em: [http://www.uinl.org/675/deontologie-et-regles-d-organisation-du-notariat]. Acesso em: 30 set. 2016.

<sup>69.</sup> Tradução livre feita pelo autor, do original em italiano: "Solo in veste di *pubblico ufficiale* il notaio puó, nel concreto, essere un operatore del diritto super partes in grado di condurre la sua essenziale attivitá."

<sup>70.</sup> CINELLI, Luca Siliquini. La responsabilità civile del notaio: criteri di configurabilità e casistica nel mercato delle regole. Milanofiori Assago (MI): Wolters Kluwer Italia, 2011. p. 14.

<sup>71.</sup> Tradução livre feita pelo autor, do original em italiano: "é anche un libero professionista. Detto altrimenti egli non è, per così dire, un 'impiegato dello Stato'."

<sup>72.</sup> CINELLI, Luca Siliquini. Op. cit. p. 14.

<sup>73.</sup> Tradução livre feita pelo autor, do original em italiano: "Siccome il notaio latino è al tempo stesso un giurista, un 'giudice preventivo', un terzo neutro di fiducia condivisa (TTP), un mediatore ed un esercente sovranità, questa professione concentra il ruole di consiglio legale."

<sup>74.</sup> LICINI, Cesare. Notai. Anche nel Terzo Millennio? Ovvero, quale notaio nello scenario economico globale. Milanofiori Assago (MI): Wolters Kluwer Italia, 2010. p. 58.

Não obstante essa característica de *oficial público*, a UINL considera o notário também como um *profissional do direito*, pois: "a par de sua função de oficial público, o notário é igualmente um profissional do direito, exercendo sua função pública dentro de uma profissão independente e regulamentada." <sup>78-79</sup>

O notário atua como terceiro qualificado, nos negócios jurídicos das partes, com o atributo da *fé pública*, a fim de conferir ao ato a segurança jurídica que dele se espera e assim, evitar litígios.

Essa atividade de investigação dos fatos, compreensão e adequação desses fatos ao ordenamento jurídico e assessoramento das partes, configura o notário como autêntico *profissional do direito*.

Com relação ao registrador, este exerce também uma atividade jurídica, de qualificação dos documentos, públicos ou particulares, verificando a adequação desses mesmos documentos aos requisitos legais e regulamentares, para permitir seu ingresso ao registro, podendo formular alguma exigência, ou mesmo negar seu acesso ao registro público, de forma juridicamente fundamentada, estando essa decisão sujeita a revisão pela autoridade judicial, investida do poder revisor da jurisdição administrativa.

E essa característica da *atividade jurídica* de qualificação, que exercem notários e registradores no Brasil, não se coaduna com um sistema de responsabilização civil fundado no risco da atividade, mas somente com base em dolo ou culpa, até porque a regulação da atividade é determinada totalmente pelo Estado, sendo que notários e registradores devem estritamente cumprir as normas estatais.

# 5. Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 842.846/SC) e Superior Tribunal de Justiça

O Recurso Extraordinário 842.846-SC, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, trata de ação indenizatória proposta direta e unicamente contra o Estado de Santa Catarina, cujo prejuízo teria sido causado por ato praticado por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, sujeito ao regime do art. 236, da CF/1988.

<sup>78.</sup> Tradução livre feita pelo autor, do original em francês: "3.2. Professionnel du Droit. Au-delà de sa fonction d'officier public, le notaire est également un professionnel du droit exerçant sa fonction publique dans le cadre d'une profession indépendante, et réglementée."

<sup>79.</sup> Disponível em: [http://www.uinl.org/675/deontologie-et-regles-d-organisation-du-notariat]. Acesso em: 30 set. 2016.

No julgamento da Repercussão Geral,<sup>80</sup> o relator Ministro Luiz Fux, consignou que:

"O thema decidendum versado nos autos diz respeito, em síntese, a saber qual a extensão da responsabilidade civil dos tabeliães e oficiais de registro por danos causados a terceiros no exercício de suas funções: se direta ou subsidiária, e se subjetiva ou subjetiva. É salutar que se pacifique, no âmbito desta Corte, a controvérsia sobre qual a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus delegatários.

Com efeito, é preciso definir, à luz dos arts. 37, § 6.º, e 236 da CRFB/88, qual o tipo de responsabilidade civil que rege a atuação dos tabeliães e notários (se objetiva ou subjetiva), além de saber se o Estado membro aos quais estes agentes se acham vinculados deve responder em caráter primário, solidário ou subsidiário em relação aos delegatários."

O Ministro Luiz Fux, justificou o reconhecimento da repercussão geral ao afirmar que: "o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa."

No mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio Melo, por sua vez, admitiu a repercussão geral e aduziu que:

"Deve-se definir, sob o ângulo do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, o âmbito subjetivo da responsabilidade. Na situação concreta, há serviço de registro implementado a partir do disposto no art. 236 da Carta da República e da Lei 8.935/1994. Cumpre esclarecer a extensão da responsabilidade do Estado, ou seja, se é direta, com o direito de regresso, ou se responde unicamente no caso de insuficiência econômico-financeira do delegatário do serviço."

Conforme mencionado, a ação foi proposta unicamente em face do Estado de Santa Catarina, não tendo sido admitida a denunciação da lide ao registrador responsável pela suposta falha.

<sup>80.</sup> Ementa: Recurso Extraordinário. Administrativo. Dano Material. Omissões e Atos Danosas de Tabeliães e Registradores. Atividade Delegada. Art. 236. Da Constituição da República. Responsabilidade do Tabelião e do Oficial de Registro. Responsabilidade Civil do Estado. Caráter Primário, Solidário ou Subsidiário da Responsabilidade Estatal. Responsabilidade Objetiva ou Subjetiva. Controvérsia. Art. 37, § 6°, Da CRFB/88. Repercussão Geral Reconhecida. (RE 842846 RG, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.11.2014, Acórdão Eletrônico *DJe-*225 divulg. 14.11.2014 public. 17.11.2014).

Dessa forma, não se discutia nos autos, originalmente, a responsabilidade civil do registrador, propriamente dita, mas sim a responsabilidade extracontratual patrimonial do Estado por atos de registro.

Em virtude do que foi tratado no processo, a delimitação da repercussão geral proposta pelo Ministro Marco Aurélio parece ser mais adequada, pois foi discutida na ação em testilha, somente: a "extensão da responsabilidade do Estado", "se é direta, com o direito de regresso", ou se o Estado "responde unicamente no caso de insuficiência econômico-financeira do delegatário do serviço", de forma indireta e subsidiária, portanto.

Não foi discutida a questão da responsabilidade civil do notário e do registrador, por seus próprios atos, ou de seus prepostos, se esta iria ter a natureza objetiva, ou se dependeria do elemento subjetivo, visto que o registrador em questão não foi parte no processo.

Na data em que foi realizada a última consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, na internet, em 06.10.2016, os autos do referido processo estavam "conclusos ao relator", desde 20.09.2016.81

No caso de o Supremo Tribunal Federal vir a adotar a mesma opinião jurídica da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a resposta à questão proposta poderá ser que o notário ou registrador deverá, obrigatoriamente, integrar o polo passivo da demanda, na qualidade de principal obrigado, por força da *responsabilidade direta* prevista no art. 236, § 1.º, da CF/1988; e que o Estado integraria a demanda apenas como *responsável indireto* e *subsidiário*, por força do art. 37, § 6.º, da CF/1988, sendo, neste caso, a pessoa jurídica de direito público respondendo por ato de seu *agente*.

Assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, decidiria em consonância, também com a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual tem reconhecido:

- i) "a responsabilidade subsidiária entre o Estado e o titular de serventia extrajudicial";82
- ii) "que o exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1.º, da CF/1988) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delega-

<sup>81. [</sup>www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4650160]. Acesso em: 06 out. 2016, 11:50.

<sup>82.</sup> AgRg nos EDcl no REsp 1.195.489/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 26.08.2014, *DJe* 01.09.2014.

da (art. 22 da Lei 8.935/1994), cabendo ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária.":<sup>83</sup> e

iii) que, em virtude "da responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros", não se permite "a interpretação de que há responsabilidade pura do ente estatal".84

### 6. Conclusão

A Lei 13.286, de 10.05.2016, que deu nova redação ao art. 22, da Lei 8.935/1994, veio a eliminar qualquer dúvida sobre a interpretação do aludido dispositivo legal, afastando a cogitada responsabilidade objetiva, a qual era reconhecida por boa parte da doutrina e pela jurisprudência até então majoritária no Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na redação anterior do mencionado artigo e estabelecendo expressa e taxativamente a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa.

Entretanto, ainda pende de julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, estando os autos conclusos ao relator desde 20.09.2016,85 o Recurso Extraordinário 842.846-SC, para o qual foi reconhecida a repercussão geral, e na qual o relator, Ministro Luiz Fux, estabeleceu ser preciso definir, à luz dos arts. 37 § 6º e 236 da Constituição Federal, se a responsabilidade civil de notários e registradores seria objetiva ou subjetiva, bem como se o Estado responderia em conjunto, solidária ou subsidiariamente ao titular da delegação do serviço extrajudicial.

No referido processo, contudo, é provável que o Supremo Tribunal Federal aprecie tão somente a questão constitucional, consistente na responsabilidade civil do Estado pelos atos notariais e de registro, se o Estado responderia solidária ou subsidiariamente ao titular da delegação, e não conheça da matéria infraconstitucional, pertinente à natureza da responsabilidade civil própria do notário e do registrador, se de natureza objetiva ou subjetiva.

<sup>83.</sup> AgRg no AREsp 474.524/PE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 06.05.2014, *DJe* 18.06.2014.

<sup>84. &</sup>quot;A jurisprudência mais recente desta Corte foi firmada no sentido da responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que há responsabilidade pura do ente estatal." AgRg no AgRg no AgRs no AgRs p. 273.876/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 14.05.2013, *DJe* 24.05.2013.

<sup>85.</sup> Conforme consulta realizada em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4650160] Acesso em: 06 out. 2016, 11:50.

Se isso vier a ocorrer, caberá ao Superior Tribunal de Justiça, à luz da alteração legislativa promovida por força da Lei 13.286/2016, modificar, ou não, o entendimento até então dominante na Segunda Turma da aludida Corte, de que a responsabilidade de notários e registradores seria objetiva com fundamento no art. 22 da Lei 8.935/1994, para decidir em conformidade com o novo texto legal, que define expressamente que a responsabilidade civil de notários e registradores está fundada na culpa, sendo, portanto, subjetiva.

#### 7. Referências bibliográficas

- ALVES, Sonia Marilda Péres. Responsabilidade civil de notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 53/93. São Paulo: Ed. RT. Jul, 2002.
- ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. Função notarial e de registro. Concurso público, regime jurídico e responsabilidade civil. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. Curso de Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- BENUCCI, Renato Luís. A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 74/239. São Paulo: Ed. RT. Jan, 2013.
- BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e dos registradores*. São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Função social do notariado: Eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. Responsabilidade civil do delegatário notarial e de registros públicos. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36/169. Rio de Janeiro: EMERJ, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada: Lei 8.935/94.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. Responsabilidade civil do Estado e o Conselho Nacional de Justiça. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CINELLI, Luca Siliquini. La responsabilità civile del notaio: criteri di configurabilità e casistica nel mercato delle regole. Milanofiori Assago (MI): Wolters Kluwer Italia, 2011.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- DELLA GIUSTINA, Bianca Sant´anna. Responsabilidade do estado por atos de serventuários extrajudiciais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* 12. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores*. In: DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prudência notarial. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.
- ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. Revista de Direito Imobiliário n. 47/103. São Paulo: Ed. RT. Jul, 1999.
- FERREIRA, Elaine Garcia. A responsabilidade civil dos notários e registradores. *Revista Fé Pública*, n. 16/44. Rio de Janeiro: Anoreg/RJ, set, 2012.
- FLACH, Marcelo Guimarães. Responsabilidade civil do notário e do registrador: de acordo com o novo Código Civil. Porto Alegre: AGE, 2004.
- GATTARI, Carlos Nicolás. El objeto de la ciencia del derecho notarial. Buenos Aires: De Palma, 1969.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GUIMARÃES, Carlos Roberto Teixeira. *A responsabilidade civil cartorária extra-judicial*. Rio de Janeiro: o autor, 2005.
- KINDEL, Augusto Lermen. Responsabilidade civil dos notários e registradores. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.
- KÜMPEL, Vítor Frederico. *A Lei 13.286/2016 e a responsabilidade subjetiva dos notários e registradores no exercício da atividade típica*. São Paulo. 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI239331,61044-A+lei +132862016+e+a+responsabilidade+subjetiva+dos+notarios+e]. Acesso em: 29 set. 2016, 21:02.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil do notário público. *Revista de Direito Privado*, n. 8/40. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- LICINI, Cesare. Notai. Anche nel Terzo Millennio? Ovvero, quale notaio nello scenario economico globale. Milanofiori Assago (MI): Wolters Kluwer Italia, 2010.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2.tir. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os tabeliães, os oficiais registradores e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61/142. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- NALINI, José Renato. A responsabilidade civil do notário. *RJTJESP*, n. 130/19. São Paulo: Lex, 1991.
- \_\_\_\_\_\_. Ética geral e profissional. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.
- ORLANDI NETO, Narciso. *Atividade notarial noções*. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução do Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidades civil e funcional dos notários e registradores. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (coord.). Direito Notarial e Registral Avançado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Regulação da função pública notarial e de registro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RICHTER, Luiz Egon. *Qualificação notarial e registral e seus dilemas*. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução do Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- ROSA, Karin Regina Rick. Reflexões acerca da responsabilidade civil dos notários. *Boletim Informativo Notarial e Registral*, n. 5241. São Paulo: INR, maio, 2012.
- SALLES, Venicio Antonio de Paula. Responsabilidade civil extracontratual dos notários e registradores. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 53/102. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- SIMÃO, José Fernando. *A teoria do risco no novo Código Civil*. São Paulo. 2003. Disponível em: [www.professorsimao.com.br/artigos\_simao\_a\_teoria\_do\_risco.htm]. Acesso em: 29 set. 2016, 19:05.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 4.
- ZEFIRO, Gabriel. Responsabilidade Civil de Notários e Registradores. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 92/13. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2012.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, de Renato Luís Benucci RDI 74/239-263 (DTR\2013\3824);
- Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores, de Ricardo Henry Marques Dip *RDI* 53/81-92 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/1285-1298 (DTR\2002\695);
- Nótulas sobre a responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos, de Ricardo Henry Marques Dip *RDI* 80/143-150 (DTR\2016\19743); e
- Tabelião Responsabilidade pelos atos de seus auxiliares Limites, de Plinio Barreto Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil 4/1203-1207 e Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/1279 (DTR\2012\972).

# A responsabilidade civil de notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016

LIABILITY OF NOTARIES AND REGISTERS UNDER THE AEGIS OF LAW 13.286/2016

#### HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor coordenador do curso de pós--graduação em Direito Imobiliário do IDP. Foi Procurador da Fazenda Nacional com atuação no Distrito Federal (1999-2000). Autor. Tabelião titular do Cartório do 1º Ofício de Notas, Registro Civil, Títulos e Documentos, Protesto de Títulos e Registro de Pessoas Jurídicas do Distrito Federal. hercules.benicio@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil; Consumidor; Imobiliário e Registral

RESUMO: O autor trata, neste trabalho, da responsabilidade civil dos notários e registradores, bem como da evolução normativa do art. 22 da Lei 8.935/1994, com as alterações advindas das Leis 13.137/2015 e 13.286/2016. Apresenta, ainda, aspectos controvertidos desta questão, tais como a responsabilidade indireta do ente estatal delegante por atos notariais e de registro; a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os prestadores e usuários de serviços notariais e registrais e os limites da imputação de responsabilidade a notários e registradores no exercício de suas funções.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Notários e registradores – Lei 13.286/2016 – Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: The author deals in this work about the civil liability of notaries and registrars, as well as the normative evolution of article 22 of Law 8.935/1994, with the changes arising from Laws 13.137/2015 and 13.286/2016. It also presents controversial aspects of this issue, such as the vicarious liability of the delegating state entity from notarial acts and registries; the applicability of the Consumer Protection Code in relations between providers and users of notary and registration services and the limits of liability of notaries and registrars in carrying out their functions.

**KEYWORDS:** Civil liability – Notaries and registrars – Law 13.286/2016 – Consumer Protection Code.

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. A evolução normativa do art. 22 da Lei 8.935/1994. 3. O julgamento do RE 842.846/SC e a responsabilidade do ente estatal delegante por atos notariais e de registro. 4. O diálogo das fontes e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestadores e usuários de serviços notariais e de registro. 5. O critério subjetivo explicitado pela Lei 13.286/2016 e os limites para a configuração da responsabilidade civil de notários e registradores. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

#### 1. Considerações preliminares

Notários e registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem o Poder Público, após concurso público de provas e títulos, delega o exercício, em caráter privado, da atividade notarial e de registro. Segundo determina o art. 4º da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994 (o Estatuto de Notários e Registradores), os serviços notariais e de registro serão prestados de modo eficiente e adequado. Considerando que tais serviços são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, bem se verifica que os usuários das referidas atividades fazem jus a que os atos, requeridos ao tabelião e ao registrador, sejam seguros, previnam litígios e produzam os efeitos jurídicos regulares.

Neste contexto, diante da relevância das atividades notariais e de registro, levando-se em conta as importantes atribuições cometidas legalmente aos notários e registradores brasileiros, é que se deve analisar as normas que regulam a responsabilidade civil dos tabeliães e oficiais de registro no Brasil.

Ao tratar dos serviços notariais e de registro, como sendo exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, a Constituição Federal de 1988 prevê, no § 1º do art. 236, que, *in verbis*: "Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal de notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário."

A referida "lei", mencionada na Constituição Federal, é a já indicada Lei 8.935/1994, a qual, ao tratar da responsabilidade civil de notários e registradores determinava – em sua redação originária – que, *in verbis*: "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."

No presente texto, trataremos da evolução normativa do referido art. 22 do Estatuto de Notários e Registradores, alterado pelas Leis 13.137/2015 e 13.286/2016, bem como apresentaremos aspectos ainda controvertidos acerca da responsabilidade civil de notários e registradores, tais como: (i) a responsabilidade indireta do ente estatal delegante por atos notariais e de registro; (ii) a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestadores e usuários de serviços notariais e de registro e (iii) os limites da imputação de responsabilidade a tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções.

#### 2. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO ART. 22 DA LEI 8.935/1994

A redação originária do art. 22 do Estatuto de Notários e Registradores, já indicada acima, em muito se aproximava do comando constitucional (previsto no § 6.º do art. 37 da CF/1988¹) que serve de base para a responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas prestadoras de serviços públicos.

Diante de tais fatos, como já tivemos a oportunidade de demonstrar em obra acadêmica,² muitos autores vinham sustentando que, com a promulgação da Carta da República de 1988, o art. 28 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973)³ não teria sido recepcionado em nossa nova ordem constitucional e que, portanto, a responsabilidade dos titulares das serventias extrajudiciais não oficializadas teria passado a ser objetiva, nos mesmos moldes da responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviços públicos. A esse entendimento, pode-se encontrar a adesão dos seguintes autores: Hely Lopes Meirelles (1994, p. 76); Humberto Theodoro Júnior (1990, p. 10); Roberto Senise Lisboa (2001, p. 191-192); Romeu Felipe Bacellar Filho (2000, p. 3); Ana Cristina de Souza Maia (2002, p. 11); Maria Bárbara Toledo Andrade e Silva (2003, p. 4) e Antônio Joaquim de Couto Júnior (1999).

Acresce que, com o advento da Lei 8.935/1994, principalmente por força do disposto em seu art. 22, alguns doutrinadores foram induzidos a concluir que a responsabilidade de notários e registradores teria passado a ser objetiva, a partir de 1994. Dentre tais doutrinadores podemos mencionar: José Renato Nalini (1997, p. 88); Yussef Said Cahali (1996, p. 348); Cláudio Antônio Soares Levada (2001, p. 41-42) e Luís Carlos Fagundes Vianna (2001, p. 165). Segundo tal corrente, a responsabilidade objetiva dos notários e registradores pelos danos causados à parte ou a terceiros incidiria, "exclusivamente, sobre fatos comissivos ou omissivos *posteriores* à Lei 8.935, de 18.11.1994. Os fatos

<sup>1.</sup> Determina o § 6.º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 que, *in verbis*: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

<sup>2.</sup> Cfr. Hercules Benício (2005, p. 258-259).

<sup>3.</sup> Dispõe o *caput* do art. 28 da Lei 6.015/1973 que, *in verbis*: "Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro."

anteriores a esta data não dispensam a averiguação da culpa ou dolo para ensejar a responsabilidade do serventuário". 4

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, ainda lastreado na redação originária do art. 22 da Lei 8.935/1994, vem se posicionando, predominantemente, no sentido de que o critério para aferição da responsabilidade de notários e registradores é objetiva, decorrente do risco criado pelo desempenho da atividade notarial e de registro.

Veja-se, por exemplo, o disposto na ementa do acórdão no AgRg no REsp 1.377.074/RJ, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 16.02.2016, em que a Primeira Turma do STJ, por unanimidade, entendeu que: "nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes: AgRg no AREsp 474.524/PE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 18.06.2014; AgRg no AgRg no AREsp 273.876/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 24.05.2013; REsp 1.163.652/PE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 01.07.2010."

Nada obstante a referida postura majoritária do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sob a égide da redação originária do art. 22 do Estauto de Notários e Registradores, é possível encontrar importantes precedentes em que o critério subjetivo foi o adotado para a responsabilização do profissional da fé pública. Nesse sentido, confiram-se os acórdãos exarados nos julgamentos do REsp 489.511/SP (rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 04.10.2004) e do REsp 481.939/GO (rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 21.03.2005). Ademais, em decisão monocrática do Min. Massami Uyeda, proferida em 01.04.2008, no julgamento do REsp 1.027.925/RJ, o Superior Tribunal de Justiça apontou o entendimento de que, para fins de responsabilização civil dos titulares e prepostos dos serviços notariais e de registro, se faz necessária a comprovação da atuação dolosa ou culposa de tabeliães e registradores.

Cumpre salientar, contudo, que, especificamente quanto aos tabeliães de protesto, por força do art. 38 da Lei 9.492/1997, não há dúvida de que o crité-

<sup>4.</sup> Cf. José Renato Nalini (1997, p. 92); Yussef Said Cahali (1996, p. 349). Neste mesmo sentido, é o precedente no julgamento do AgRg no REsp 1.027.925/RJ, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti da Quarta Turma do STJ, j. 21.03.2013, DJe 11.04.2013, em que consta na ementa que, in verbis: "2. A responsabilidade do notário registrador somente passou a ser objetiva com a regulamentação da previsão constitucional por meio da edição da Lei 8.935/1994."

rio para imputação da responsabilidade civil deve fundar-se na culpa ou dolo do delegatário. Com efeito, está expresso no referido dispositivo legal que, *in verbis*: "Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso."<sup>5</sup>

De todo modo, vale ressaltar que, após mais de vinte anos do início de sua vigência, o dispositivo normativo que trata especificamente da responsabilidade civil de notários e registradores no Brasil sofreu mudança. Com a edição da Lei 13.137, de 19 de junho de 2015, a redação do art. 22 recebeu sutil alteração para explicitar que os sujeitos responsáveis diretos por danos decorrentes da prática de atos notariais e de registro são os "notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes". Ademais, a regra passou a mencionar que o âmbito da responsabilidade englobaria, inclusive, eventos "relacionados a direitos e encargos trabalhistas". 6

Pode-se dizer que a Lei 13.137/2015 nada inovou no sistema da responsabilidade civil de notários e registradores, para os quais os serviços tenham sido delegados em virtude de aprovação em regular concurso público de provas e títulos, nos termos da Constituição Federal.

A mudança mais significativa no regramento da responsabilidade civil de notários e registradores, após o advento do Estatuto dos Notários e Registradores, adveio com a nova redação trazida pela Lei 13.286, de 10 de maio de 2016.<sup>7</sup> A partir da entrada em vigor dessa lei, explicitou-se o critério subjetivo

<sup>5.</sup> Além dos tabeliães de protesto, pode-se dizer que oficiais de registro de títulos e documentos também possuem regra específica quanto à responsabilidade civil. Trata-se da norma contida no art. 157 da Lei de Registros Públicos que possui a seguinte dicção, in verbis: "Art. 157. O oficial, salvo quando agir de má-fé, devidamente comprovada, não será responsável pelos danos decorrentes da anulação do registro, ou da averbação, por vício intrínseco ou extrínseco do documento, título ou papel, mas, tão somente, pelos erros ou vícios no processo de registro."

<sup>6.</sup> Com a edição da Lei 13.137/2015, a redação do art. 22 da Lei 8.935/1994 passou a ser a seguinte: "Art. 22. Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos."

A Lei 13.286/2016 entrou em vigor na data de sua publicação, ocorrida em 11.05.2016.
 Ou seja, especificamente, o art. 22 da Lei 8.935/1994, que manteve sua redação origi-

(da culpa ou dolo) para a aferição da responsabilidade civil de tabeliães e oficiais de registro, na linha (i) do tratamento dedicado a tabeliães de protesto brasileiros, (ii) de alguns precedentes do STJ (tal como visto acima), (iii) de expressivo posicionamento doutrinário<sup>8</sup> e, de resto, (iv) do método de responsabilização de notários predominante em âmbito mundial.<sup>9</sup> Além disso, com relação à prescrição para que a vítima exerça sua pretensão reparatória, em conformidade com o disposto no inc. V do § 3.º do art. 206 do Código Civil, <sup>10</sup> a nova redação do art. 22 da Lei 8.935/1994 passou a prever, em seu parágrafo único, o prazo de três anos.

Vejamos, então, a nova redação dada pela mencionada Lei 13.286/2016: "Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial."

Nesse mesmo sentido de prestigiar o critério subjetivo (da culpa ou dolo) para a imputação de responsabilidade a notários e registradores, foi aprovado, de lege ferenda, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 412/2011, "que estabelece normas sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros". Vale mencionar que, nos termos do § 6º do art. 1º do referido projeto de lei (o qual se encontra em tramitação, no Senado Federal, como PLC 126/2015), "aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notariais e de registro, casos em que a responsabilidade do delegatário decorre de culpa ou dolo, sendo a responsabilidade do poder público subsidiária."

Como visto, na presente seção, a Lei 13.286/2016 uniformizou os critérios para aferição da responsabilidade civil de notários e registradores, determinando que a vítima de um dano, tal como já acontecia no caso de serviços

nária por mais de vinte anos, veio a sofrer, nos anos de 2015 e 2016, duas alterações significativas em seu programa normativo.

<sup>8.</sup> A esse respeito, cfr. Hercules Benício (2005, p. 256-297).

Sobre o critério subjetivo para a aferição da responsabilidade de notários, por exemplo, na França (berço da responsabilidade civil objetiva!), cfr. Jeanne de Poulpiquet (2009).

<sup>10.</sup> Dispõe o inc. V do § 3.º da Lei 10.406/2002 que, *in verbis*: "Art. 206. Prescreve: § 3.º Em três anos: V – a pretensão de reparação civil".

prestados por tabeliães de protesto, precisa provar dolo ou culpa do prestador de serviço para a obtenção de ressarcimento.

De todo modo, no ambiente da responsabilidade civil dos profissionais da fé pública que exercem suas atividades em caráter privado, aspectos controvertidos subsistem, como, por exemplo, os que dizem respeito à eventual responsabilidade direta do ente estatal delegante por atos notariais e de registro; à eventual aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestadores e usuários de serviços e aos limites da imputação de responsabilidade a tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções. Passemos, pois, a abordar tais temas.

## 3. O JULGAMENTO DO RE 842.846/SC E A RESPONSABILIDADE DO ENTE ESTATAL DELEGANTE POR ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Em 17.11.2014, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, à unanimidade, reconheceu repercussão geral da questão constitucional suscitada em recurso extraordinário (RE 842.846/SC) interposto pelo Estado de Santa Catarina, em que o ente estatal alega não ter responsabilidade direta por dano gerado no âmbito do serviço prestado por cartório de registro civil. <sup>11</sup> Eis a ementa do referido recurso extraordinário: "Administrativo. Dano material. Omissões e atos danosos de tabeliães e registradores. Atividade delegada. Art. 236 da CF. Responsabilidade do tabelião e do oficial de registro. Responsabilidade civil do Estado. Caráter primário, solidário ou subsidiário da responsabilidade estatal. Responsabilidade objetiva ou subjetiva. <sup>12</sup> Controvérsia. Art. 37, § 6°, da CF/1988. Repercussão geral reconhecida."

<sup>11.</sup> No caso que será julgado pelo STF, o RE 842.846/SC foi interposto contra acórdão do TJSC (prolatado nos autos da ApCível 2009.007332-3, pela 2ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Des. Newton Janke, j. 15.03.2011) que, à unanimidade, confirmou sentença que havia condenado o Estado de Santa Catarina "ao pagamento a título de Indenização pelos danos materiais causados ao autor (...), decorrentes da expedição, pelo Cartório de Registro Civil de São Carlos, da certidão de óbito da esposa do demandante com a grafia errada."

<sup>12.</sup> Com a entrada em vigor da Lei 13.286/2016, resta pacificado o critério de aferição da responsabilidade civil de notários e registradores fundados na culpa ou no dolo. Entendemos que, uma vez que o fundamento constitucional da responsabilidade civil de notários e registradores está radicado no § 1.º do art. 236 do texto constitucional (que prevê que "lei disciplinará a responsabilidade civil de notários e oficiais de registro"), não há que se falar em inconstitucionalidade da referida Lei 13.286/2016 por suposta violação ao critério objetivo previsto no § 6.º do art. 37 da Constituição

A propósito, nos autos do RE 842.846/SC, o Procurador-Geral da República já teve a oportunidade de exarar parecer (em 23.04.2015), no sentido de que, *in verbis*: "A melhor interpretação do ordenamento jurídico, no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro, conduz ao entendimento de que o Estado é solidariamente responsável e os delegatários respondem direta e subjetivamente por seus próprios atos funcionais e pelos de seus prepostos. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário".

O tema referente à responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro continua controverso e aguarda pacificação pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme já pudemos expressar em obra acadêmica, <sup>13</sup> ousamos discordar do entendimento propugnado pelo representante do *Parquet*, no que tange à responsabilidade solidária do ente estatal. Entendemos que, considerando o regime de delegação e a percepção integral de emolumentos pelos titulares de serventias não oficializadas, inexiste, a princípio, responsabilidade direta do Estado por atos desses agentes delegados. A responsabilidade do ente estatal delegante deve ser tão somente subsidiária, no caso de insolvência do agente delegado, este – sim – diretamente responsável.

Com efeito, se considerarmos que, com base no art. 28 da Lei 8.935/1994, notários e registradores têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia, <sup>14</sup> apropriando-se dos lucros daí decorrentes, os prejuízos que causarem não devem ser socializados e satisfeitos pela tota-

Federal de 1988. A Constituição Federal dedica norma especial (art. 236, § 1.°) para o tratamento da responsabilidade civil e criminal de notários e registradores. Tal norma especial delega a uma "lei" (infraconstitucional) o disciplinamento de tal matéria (responsabilidade civil e criminal desses profissionais da fé pública). Assim sendo, ao que tudo indica, muito embora, na admissão do RE 842.846/SC, o STF tenha conhecido, além da questão referente à responsabilidade do Estado (se primária, solidária ou subsidiária), também do tema referente ao critério de aferição da responsabiliade (se subjetivo ou objetivo), queremos crer que, no julgamento do mérito do referido recurso extraordinário, não será debatido o tema referente ao critério de aferição da responsabilidade, uma vez que este assunto específico refere-se a matéria de índole infraconstitucional.

<sup>13.</sup> Cfr. Hercules Benício (2005, p. 246-256).

<sup>14.</sup> Note-se que partimos da premissa de que os emolumentos integrais percebidos pelos delegados de serviços notariais e de registro são condizentes com o maior grau de autonomia que tais agentes passaram a desfrutar com o advento da Constituição de 1988 e, portanto, tais emolumentos são (ou devem ser, por alguma forma de compensação) suficientes, em tese, para remunerar o delegado e justificar sua responsa-

lidade dos cidadãos do ente estatal delegante. Afinal, o prejuízo (ou o ganho) do Estado implica necessariamente o respectivo prejuízo (ou ganho) da coletividade.

O fato é que, mesmo quando consideramos que a titularidade do serviço público permanece em poder do Estado, pode-se dizer que o delegado atua por sua conta, ou seja, não atua "por outro", age "por si". Por essa razão, o agente delegado não se confunde com o funcionário ou com o empregado público. O referido "atuar por si", que deve afastar a responsabilidade direta do Estado, não é descaracterizado pela natureza pública dos poderes e faculdades que o delegado exerce em virtude da prestação do serviço, tampouco pela natureza pública do vínculo jurídico com o poder delegante ou das prerrogativas que envolvem a sua relação com os usuários.

Ademais, nosso posicionamento, no sentido da exclusão da responsabilidade direta do Estado, não representa a elaboração de uma singela defesa do interesse estatal em época de contigenciamento orçamentário, mas antes de uma valoração clara da assunção de responsabilidades próprias por parte do titular da serventia não oficializada, a fim de defender a justificativa ética e jurídica de sua remuneração por emolumentos integrais.

Frisamos: não deve haver delegação sem responsabilidades próprias do delegado. Se equipararmos o delegado prestador de serviços públicos à situação de subordinação que caracteriza os agentes públicos, então deveremos empregar a figura do cargo público e não da delegação. Isso porque a primeira representa vinculação por dependência, e a segunda contém o desempenho autônomo de atividade notarial e registral, o qual só se justifica se a atuação se der por conta própria e pela assunção de responsabilidade do delegado.

Queremos crer que a posição ora sustentada não implica retrocesso, nem ignora as modernas tendências de alargamento das responsabilidades estatais e da ampliação do âmbito de proteção da vítima, que dão ênfase à reparação integral dos danos na sua vinculação com a equidade. Trata-se, antes, de compatibilizar tais tendências com outra vertente que diz respeito à atualização de todo o sistema de serviços públicos em face do caráter multifacetado do Estado contemporâneo: a forte participação da iniciativa privada e de todos os habitantes numa relação jurídica com o Estado que converte a todos em sujeitos protagonistas e responsáveis pela consecução do bem-estar geral.

bilidade direta e exclusiva pelos atos da serventia não oficializada que titulariza (vide reflexões do item 2.3, principalmente as notas de rodapé 34 e 35 do Capítulo 2).

A propósito, como indicado acima, na linha de vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o PLC 126/2015 (cfr. o § 6.º do art. 1.º) prevê, *de lege ferenda*, a subsidiariedade da responsabilidade do poder público em decorrência de atos notariais e de registro.

4. O diálogo das fontes e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestadores e usuários de serviços notariais e de registro

O enquadramento da prestação de serviços notariais e de registro como configuradora, ou não, de relação de consumo pode implicar sérias consequências em termos de responsabilidade civil.

Por exemplo, no sistema de proteção insculpido na Lei 8.078/1990, garante-se, como direito básico dos consumidores, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (cfr. CDC, art. 6.°, VIII).

Ademais, nos termos do art. 27 da referida lei, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Sabe-se, também, que – em conformidade com a garantia prevista no inc. I do art. 101 do CDC, nos casos de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, a ação pode ser proposta no domicílio do autor.

Para Décio Antônio Erpen (1999, p. 6-7), a prestação de serviços notariais e de registro não deve ser enquadrada dentro das relações de consumo. Segundo este autor, por mais que se possa falar em autonomia administrativa dos titulares das serventias, essa prerrogativa não permite que seja modificada a conduta padronizada pelo sistema normativo para atender eventuais interesses do usuário. Ademais, os emolumentos são estabelecidos em lei e dela não pode o profissional se afastar, nem para mais nem para menos, sob pena de estar promovendo falta de ética.

O Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 14.03.2006, por sua Terceira Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, prolatou importante decisão no julgamento do REsp 625.144/SP, em que entendeu

que "a atividade notarial não é regida pelo CDC." Para a maioria dos ministros nesse julgamento, os serviços notariais e de registro gozam de natureza de serviço público típico, comparável ao serviço de peritos judiciais, sendo os emolumentos forma de remuneração com natureza de tributo, o que, por conseguinte, supostamente, implica refutar a destinação de tais serviços ao mercado de consumo.

Em julgamento mais recente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, contudo, fez constar na ementa do acórdão exarado no julgamento do Recurso Especial 1.163.652/PE que "o Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial" (cfr. REsp 1.163.652/PE, j. 01.06.2010, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma). Vejamos, a seguir, os argumentos favoráveis à aplicabilidade do CDC nas relações notariais e de registro, corrente da qual somos adeptos.

É relevante mencionar que a própria Lei 8.078/1990 dispõe em seu art. 22 que, *in verbis*: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código."

Queremos crer que as autonomias administrativa e financeira de notários e registradores oportunizam, sim, o incremento na qualidade do serviço prestado, bem como a contratação diferenciada de prepostos mais bem qualificados. Muito embora as formalidades legais a serem obedecidas na prática do ato notarial ou registral sejam padronizadas nacionalmente (afinal, nos termos do

<sup>15.</sup> Com relação à parte do julgamento que tratou da aplicabilidade do CDC nas relações notariais e de registro, restaram vencidos a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Castro Filho. No mesmo sentido (da inaplicabilidade do CDC nas relações notariais e de registro), cfr. AgRg no Ag 115.5677/PR, rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 17.09.2009, *DJe* 07.10.2009.

<sup>16.</sup> Por pitoresco que possa parecer, após a leitura do inteiro teor do referido acórdão, percebe-se que não há nenhuma referência às razões pelas quais o CDC seria aplicável à atividade notarial, sendo que a única passagem em que se lê a palavra "consumidor", em todo o acórdão, está contida tão somente no item 5 da ementa. De todo modo, Roberto Senise Lisboa (2001, p. 192), por exemplo, antes da vigência da Lei 13.286/2016, vinha defendendo que "a responsabilidade dos notários e registradores, bem como a do Estado delegante do serviço, é objetiva, a teor do que preconizam os arts. 14, *caput*, e 22, *caput*, do CDC. Possibilita-se ao tabelionato a propositura de ação regressiva em face do seu respectivo preposto".

inc. XXV do art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre registros públicos), é possível cogitar que as especificidades da administração levada a efeito por diferentes titulares de serventias impliquem um atendimento diferenciado para os interesses dos usuários de tais serviços.

Com relação à fixação ou tabelamento dos emolumentos por lei, entendemos que, havendo a remuneração e sendo o serviço público prestado *uti singuli*, a forma de estabelecimento da contraprestação pela atividade servida (se por taxa ou tarifa) não tem o condão de desnaturar a relação consumeirista.<sup>17</sup>

Corroborando, de certa forma, a aplicabilidade de normas consumeristas na prestação de serviços registrais, o § 2.º do art. 6.º da Lei 11.882/2008 prevê, de forma expressa, a cominação de sanções administrativas previstas no CDC a registradores de títulos e documentos que venham a manter o serviço de registro de contrato de financiamento de veículos automotores como requisito para a constituição de garantia fiduciária. 18

Todavia, cumpre advertirmos que o fato de defendermos que o Código de Defesa do Consumidor ser aplicável, no que couber, às atividades notariais e de registro não inviabiliza que normas especiais modulem o alcance de normas consumeristas. Por exemplo, como já explicitamos acima, com relação ao critério subjetivo para aferição da responsabilidade de notários e registradores e o prazo prescricional de 3 (três) anos para o exercício da pretensão reparatória pela vítima, a Lei 13.286/2016 diverge de regras contidas no CDC. Ademais, com relação ao foro para ajuizamento da ação ressarcitória, a Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) determina, na alínea f do inc. III do art. 53, que é competente o foro do lugar "da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício", afastando-se, portanto, do disposto no já mencionado inc. I do art. 101 do CDC (que prevê a possibilidade de ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor).

Nesse emaranhado de regras, os contornos do regime jurídico aplicável a notários e registradores devem ser desenhados, na medida do possível, a partir

<sup>17.</sup> Sobre os posicionamentos doutrinários acerca da aplicabilidade do CDC em face da prestação de serviços públicos, cfr. Ronaldo Porto Macedo Júnior (2001, p. 78-82) e Hercules Benício (2005, p. 122-125).

<sup>18.</sup> Eis a redação do mencionado § 2º do art. 6º da Lei 11.882/2008, *in verbis*: "O descumprimento do disposto neste artigo sujeita as entidades e as pessoas de que tratam, respectivamente, as Leis 6.015/1973, e 8.935/1994, ao disposto no art. 56 e ss. da Lei 8.078/1990 [das sanções administrativas], e às penalidades previstas no art. 32 da Lei 8.935/1994."

da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), em um vigoroso diálogo de fontes, com a incidência também do Código de Defesa do Consumidor nas atividades notariais e de registro.

Verificados os aspectos controvertidos quanto à responsabilidade direta do Estado por danos decorrentes da prestação de serviços notariais e registrais e quanto à configuração de relação de consumo no vínculo jurídico entre o titular da serventia extrajudicial não oficializada e o interessado (usuário) pelo serviço, passemos ao último tópico do presente artigo, que tratará dos limites da imputação de responsabilidade a tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções.

# 5. O CRITÉRIO SUBJETIVO EXPLICITADO PELA LEI 13.286/2016 E OS LIMITES PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Mesmo com a pacificação do critério subjetivo para a responsabilização de notários e registradores, <sup>19</sup> há situações em que, a depender do método empre-

<sup>19.</sup> Ao referirmo-nos em "pacificação do critério subjetivo", não desconhecemos que, na evolução histórica da responsabilidade civil, a tendência é de insurgência de novos paradigmas (da culpa ao risco), com a erosão dos filtros da culpa e do nexo de causalidade, na linha do defendido por Anderson Schreiber (2007), e de perspectivas que (i) focam na vítima, que (ii) partem do pressuposto ético de solidariedade social e diluição dos danos, que (iii) priorizam a precaução e a prevenção, bem como tutelam os vulneráveis, que (iv) propugnam pela resposta proporcional ao dano potencial ou concreto, que (v) prestigiam, como fatores de imputação, a equidade, o risco e a garantia, na linha do defendido por Pablo Malheiros Frota (2014). Contudo, legem habemus! A intenção do presente artigo é tratar do sistema de responsabilização civil de notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016, que leva em consideração as idiossincrasias da atuação profissional do agente delegado no desempenho da fé pública. Por exemplo, não se pode igualar o critério (subjetivo) de aferição da responsabilidade de notários e registradores (agentes delegados) com o critério de aferição da responsabilidade de concessionárias prestadores de serviços públicos. Diferentemente dessas (em que a responsabilidade pode ser limitada à integralização de um capital social em uma pessoa jurídica), notários e registradores respondem como pessoas físicas, com todo o patrimônio por si titularizado. Ademais, diferentemente de concessionários (em que o reajuste e a revisão tarifária decorrem do equilíbrio econômico-finaceiro do contrato de concessão), os emolumentos cartorários submetem-se sempre ao princípio da anterioridade e da anualidade, nos termos do art. 5.º da Lei 10.169/2000, segundo o qual, in verbis: "Art. 5º Quando for o caso, o valor

gado pelo julgador para configurar a existência, ou não, de uma falha na prestação do serviço, poderá implicar na condenação ou na absolvição do profissional. Vejamos, a seguir, dois exemplos (um envolvendo um tabelião e outro envolvendo um registrador de imóveis) que bem revelam a complexidade de soluções acerca da responsabilidade civil de notários e registradores.

Figuremos, inicialmente, o seguinte caso que envolve atuação de um tabelião de notas: a vítima, em sua petição inicial, alega que teve seu nome incluído em cadastro de inadimplentes, em função de ação judicial movida pelo proprietário de um imóvel locado, em que os alugueis não vinham sendo pagos por inquilino supostamente afiançado pela vítima. Sustenta a vítima que a ação ajuizada pelo proprietário do imóvel é decorrente de contrato de fiança locatícia, nunca celebrado por ela (vítima). Alega ter havido estelionato, tendo sido falsificada a sua assinatura. Indaga-se: o tabelião que reconheceu a firma da vítima no contrato de fiança locatícia deve ser responsabilizado?

Ao que tudo indica, considerando o critério subjetivo, a responsabilização dependerá da verificação de culpa do tabelião na prática do ato de reconhecimento de firma. Caso a falsificação seja grosseira, o dever de ressarcir será imputado ao profissional; caso contrário, considerando que o tabelião não é perito grafoscópico e não pode negar fé a documentos públicos,<sup>20</sup> bem provavelmente, não será condenado por ausência de culpa.

Outra linha de argumentação também pode ser desenvolvida. Se é certo que não é exigível o reconhecimento de firma do fiador (ou dos demais contratantes) para a validade do contrato de locação ou da própria garantia locatícia (art. 37, II, da Lei 8.245/1991 e art. 818 do CC), é possível concluir-se que o contrato teria sido celebrado (e a assinatura falsificada teria sido nele lançada) mesmo sem o reconhecimento de firma certificado pelo tabelião. Assim, ainda que a assinatura falsificada da vítima não tivesse sido reconhecida como autêntica pelo tabelião, a ação de execução teria contra ela sido igualmente proposta, causando-lhes os mesmos danos. Conclusão: o tabelião poderá ser dispensado

dos emolumentos poderá sofrer reajuste, publicando-se as respectivas tabelas, até o último dia do ano, observado o princípio da anterioridade."

Dispõe o inc. II do art. 19 da Constituição Federal que, in verbis: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – recusar fé aos documentos públicos".

de ressarcir, nesta linha de argumentação, por ausência de nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta perpetrada pelo tabelião.<sup>21</sup>

Figuremos, agora, a seguinte situação: um oficial de registro de imóveis recebe um título de transferência de propriedade para registro e, considerando haver irregularidades, apresenta – por escrito – nota devolutiva com um rol de exigências a serem satisfeitas. O apresentante do título, não se conformando com as exigências do oficial, requer a suscitação de dúvida registral ao juiz da Vara de Registros Públicos. A decisão judicial, após ouvido o representante do Ministério Público, é no sentido de julgar a dúvida improcedente. Com o trânsito em julgado da decisão, o interessado tem o seu título registrado, mas entende que teria sofrido danos, em decorrência da demora advinda com as descabidas exigências do registrador, os quais devem ser supostamente reparados.

Diante de tal situação, entendemos que, via de regra, a suscitação de dúvida registral julgada improcedente não deve gerar dever de ressarcir, uma vez que a deflagração do referido procedimento administrativo configura regular exercício da função registral. Com efeito, oficiais de registro interpretam textos normativos e, em exercício de (juris)prudência, qualificam os títulos segundo os princípios norteadores do Direito Registral (dentre eles, o princípio da legalidade).

Ora, em decorrência de erro de hermenêutica (em outras palavras, por equívoco interpretativo do órgão julgador), não se deve sancionar o agente

<sup>21.</sup> A propósito, foi exatamente essa a conclusão a que chegou o julgador monocrático, em ação que tratava do assunto ora exemplificado, no Processo 2006.01.1.074562-6 que tramitou perante a 10ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF (TJDFT), em sentença prolatada em 15.05.2013.

<sup>22.</sup> Dispõe a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) que, *in verbis*: "Art. 198. – Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la (...)." E também que, *in verbis*: "Art. 203. – Transitada em julgado a decisão da dúvida, proceder-se-á do seguinte modo: I – se for julgada procedente, os documentos serão restituídos à parte, independentemente de translado, dando-se ciência da decisão ao oficial, para que a consigne no Protocolo e cancele a prenotação; II – se for julgada improcedente, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, para que, desde logo, se proceda ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo."

delegado intérprete que não tenha agido de forma dolosa ou, pelo menos, com culpa grave (imperícia extrema).

A propósito da importância do procedimento de dúvida, o Des. Ricardo Dip, na qualidade de juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, teve oportunidade de - no Parecer exarado em 29.10.2014, nos autos do Pedido de Providências 0004511-80.2014.2.00.0000 – pontuar que, in verbis: "A qualificação negativa na atividade própria dos registros públicos - ou seja, a recusa da prática de dado registro concretamente postulado – atrai a eventualidade do processo de dúvida (arts. 198 er sqq. e 296 da Lei 6.015, de 31.12.1973), que tem seu itinerário legal. Já por isso não se parece recomendável que esta Corregedoria Nacional de Justiça, também observante do princípio da legalidade, intervenha, em abstrato e de modo normativo, antecipando soluções que a lei de regência afeta, em primeiro lugar e em concreto, ao próprio registrador, que, titular de uma delegação com fundamento na Constituição federal (art. 236), é um profissional do direito que possui, natural e legalmente (art. 28 da Lei 8.935, de 18.11.1994), o atributo da independência nos estreitos limites jurídicos do exercício de suas funções, submetendo-se ainda seu ato de qualificação ao controle inicial das instâncias judiciárias estaduais."

Nesse diapasão, a liturgia da dúvida registral revela-se útil tanto para a uniformização de práticas registrais quanto para a consolidação de experiências jurídicas. Tal procedimento decorre de regular atuação do agente delegado, ou seja, decorre de conduta socialmente adequada, em que o interesse pela solução judicial (garantidora de segurança jurídica) prepondera ao interesse do apresentante em ver seu título rapidamente registrado ou averbado.

À míngua de dolo ou culpa grave, a mera suscitação de dúvida registral, por si só, não configura causa que justifique o dever de reparar por eventuais danos sofridos pelo interessado no registro ou na averbação de um título.

O certo é que, a despeito de a edição da Lei 13.286/2016 ter apresentado clara referência normativa ao critério de apuração da responsabilidade de notários e registradores e ao cômputo do prazo prescricional de três anos, a complexidade envolvendo os episódios geradores de danos, no âmbito das atividades notariais e de registro, exige dos intérpretes – para além da mera perquirição da culpa do agente, da análise da reprovabilidade do fato ocorrido ou do liame de causalidade – contínua atenção acerca da esfera de responsabilidade do obrigado a indenizar, levando-se em consideração as legítimas expectativas (por exemplo, quanto à validade, à eficácia e à segurança jurídica dos atos) a que fazem jus os usuários das relevantes atividades notariais e de registro.

#### 6. Conclusões

Com a entrada em vigor da Lei 13.286/2016, que alterou a redação do art. 22 da Lei 8.935/1994, restou explícita a opção do legislador brasileiro em uniformizar os critérios de aferição da responsabilidade civil de notários e registradores. Com efeito, o critério subjetivo (lastreado na culpa ou dolo do prestador de serviço), que já estava expresso para a responsabilização de tabeliães de protesto (nos termos do art. 38 da Lei 9.492/1997), passou a constar da redação do Estatuto dos Notários e Registradores.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 842.846/SC, ao que tudo indica, não problematizará o critério subjetivo de aferição da responsabilidade de notários e registradores, por duas razões: a uma, porque tal assunto é matéria de índole eminentemente infraconstitucional (nos precisos termos do § 1º do art. 236 da Constituição que remete o disciplinamento da responsabilidade civil e criminal de notários e registradores à lei ordinária); e duas, porque, com a entrada em vigor da Lei 13.286/2016, a questão está pacificada!

Com relação à natureza da responsabilidade do Estado em decorrência de atos notariais e de registro, entendemos que o ente delegante dos serviços notariais ou registrais (a União, no caso de falhas dos delegatários que prestam serviço no Distrito Federal, ou o Estado-membro, nos demais casos) não pode ser, primariamente, chamado a responder por eventual prejuízo ocasionado no falho desempenho de função notarial ou registral por agente delegado. Como demonstrado, a delegação afasta a responsabilidade direta do ente delegante, o qual só será chamado a responder pelo prejuízo, no caso de insolvência do agente delegado (responsável primário por eventuais prejuízos decorrentes do desempenho falho da delegação por si exercida).

#### 7. Referências bibliográficas

- ANDRADE E SILVA, Maria Bárbara Toledo. Princípios gerais do serviço notarial e registral Aspectos relevantes. Juris Poiesis *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, ano 2, n. 4. Disponível em: [www.estacio.br/direito/revista4/artigo18.htm]. Acesso em: fev. 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Lei 8.935/1994: responsabilidade civil/criminal e concurso. Anoreg-Br. Disponível em: [www.anoregbr.org.br/novidades/mar00/20000313-02.html]. Acesso em: mar. 2000.
- BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro. São Paulo: Ed. RT, 2005.

- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COUTO JÚNIOR, Antônio Joaquim de O. A responsabilidade civil dos tabelionatos por danos morais decorrentes do protesto indevido. *Dinheiro*, out. 1999.
- ERPEN, Décio Antônio. A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores. *Boletim do Colégio Notarial do Brasil* Seção Rio Grande do Sul, n. 1, 1999.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil do notário público. *Revista de Direito Privado*, v. 2, n. 8, out.-dez. 2001.
- LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 78-82, jan./mar. 2001.
- MAIA, Ana Cristina de Souza. *Responsabilidade civil dos notários e registradores*. Jus Navigandi, n. 56, abr. 2002. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2890].
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NALINI, José Renato; DIP, Ricardo. Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- POULPIQUET, Jeanne de. Responsabilité des notaires: civile, disciplinaire, pénale. *Dalloz Référence*. França: Dalloz, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista dos Tribunais*, ano 79, v. 662, dez. 1990.
- VIANNA, Luís Carlos Fagundes. Serventias notariais e registrais: responsabilidade, extinção e emolumentos. *Revista da Procuradoria-Geral do INSS*, v. 8, n. 2, jul.-set. 2001.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, de Renato Luís Benucci *RDI* 74/239-263 (DTR\2013\3824);
- Nótulas sobre a responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos, de Ricardo Henry Margues Dip *RDI* 80/143-150 (DTR\2016\19743); e
- Responsabilidade civil dos notários e registradores, de Jéverson Luís Bottega *RDI 59/86-96, Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/829-841 (DTR\2005\452).

# Qualificação registral — Sua independência e responsabilidade civil e administrativa disciplinar do registrador de imóveis

### REGISTRY QUALIFICATION — INDEPENDENCE AND CIVIL AND ADMINISTRATIVE LIABILITY OF LAND REGISTRARS

#### José de Mello Junqueira

Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba. Assessor Jurídico da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo e do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos. mellojunqueira@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Administrativo; Imobiliário e Registral

RESUMO: O autor procura delimitar a responsabilidade do Registrador de Imóveis na qualificação de um título apresentado à inscrição registral. Trata da responsabilidade civil e disciplinar decorrente do ato de qualificação, se discordante dos juízos judiciais e administrativos regulatórios. O autor defende a independência e autonomia jurídica do registrador decorrente da natureza do ato da qualificação, caracterizado por Ricardo Dip um juízo prudencial. O trabalho discorre sobre a responsabilidade subjetiva pelos atos praticados, tanto na área civil como administrativa disciplinar. Na análise do tema aponta precedentes jurisprudenciais e doutrinários.

PALAVRAS-CHAVE: Qualificação registral – Independência – Limite regulatório – Responsabilidade civil – Responsabilidade disciplinar.

ABSTRACT: The author tries to define the responsibility of the Land Registrar in qualifying a title presented for registration. Tackles the civil and disciplinary liability that may appear due to qualification if it is in disagreement with the judicial and administrative regulatory judgments. The author defends the independence and legal autonomy of the registrar derived from the nature of the act of qualification, characterized by Ricardo Dip as a prudential judgment. The paper analyses the subjective responsibility derived from acts practiced, both in the civil and in the administrative disciplinary aspects. During the analysis of the theme, points out jurisprudential and doctrinal precedents.

**Keywords:** Registry qualification – Independence – Regulatory limit – Civil liability – Disciplinary liability.

Sumário: 1. Responsabilidade civil do Registrador. 2. Qualificação registral. Sua natureza. 3. Da independência do ato de qualificação. 4. Responsabilidade civil e administrativa disciplinar do registrador. 5. Responsabilidade administrativa-disciplinar. 6. Do erro na qualificação. A culpa como pressuposto da infração disciplinar. 7. Síntese.

#### 1. Responsabilidade civil do Registrador

Tema pendente, não sedimentado em sua solução por nossos tribunais, é o que diz respeito em saber se há e qual seria a responsabilidade dos oficiais de registro de imóveis quando, no exercício de suas funções, qualifica negativamente um título, propiciando a suscitação de dúvida, julgada, ao final, improcedente ou por decisão administrativa ou jurisdicional.

A questão tem seu propósito por se aventar a possibilidade de, nessa hipótese, responder o Registrador por eventuais danos causados ao interessado no registro, pelo seu retardamento e custos que lhe advieram, inclusive, na contratação de advogado para contrapor-se e impugnar a dúvida. Defende-se, inclusive, a imposição da sucumbência e honorários de advogado.

É necessário delimitar-se a responsabilidade do Oficial no exame dos títulos apresentados a registro, definindo-a no âmbito de sua atividade principal delegada. A questão é relevante.

Os registradores de imóveis exercem, consoante doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, uma função pública e prestam um serviço que a Constituição Federal – art. 236 – os denominou de serviços notariais e de registro que são próprios do Poder Público, mas delegados a pessoas privadas naturais, habilitadas ao seu exercício por intermédio de concurso público de provas e títulos.

Desse dispositivo deduz-se a natureza pública da função, delegada ao particular para seu exercício em caráter privado, regulada por lei, que disciplina a responsabilidade civil e criminal dos notários e registradores e seus prepostos, com subordinação a controles de fiscalização do Poder Público.

No exercício de suas funções o registrador tem responsabilidade civil pelos atos que pratica.

Segundo o art. 22 da Lei Federal 8.935/1994, com redação dada pela Lei 13.286, de 10 de maio de 2016, "os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso".

Com a atual redação do art. 22, ficaram superadas todas as divergências sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil desses delegados, se objetiva ou subjetiva. Ficaram afastados todos os questionamentos sobre tanto. *Tollitur quaestio*.

A responsabilidade civil dos notários e registradores é subjetiva, dependente de uma ação culposa ou dolosa, circunstâncias a serem comprovadas pelo interessado.

Cabe aqui advertir, para que não pairem entendimentos equivocados, o disposto no art. 22, da Lei 8.935/1994, se aplica tão somente à responsabilidade civil, não podendo ampliar sua incidência à responsabilidade administrativa disciplinar, embora entendamos ser esta também subjetiva, como, aliás, assim já decidiu o E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Certo que notários e registradores respondem pelos atos que praticam se agirem por culpa ou dolo, comprovados o dano, o nexo causal e o ato ilícito.

#### 2. QUALIFICAÇÃO REGISTRAL. SUA NATUREZA

Responderiam, no entanto, civilmente, pelas qualificações dos títulos apresentados a registro, caso discordantes do entendimento posterior em exame jurisdicional ou em procedimento de dúvida?

Prenotado o título, cabe ao registrador examiná-lo, fazendo um juízo de admissibilidade, se observados os princípios da legalidade, moralidade, prioridade, continuidade, especialidade, além de outros que informam o sistema de registro de imóveis, não podendo se descurar da análise do conteúdo do negócio, verificando sua conformidade com as normas de direito material que o regem. Em síntese, há que se observar, para segurança do ato registral os aspectos relativos ao próprio objeto do título e sua adequação às formalidades exigidas.

Esse controle é de responsabilidade do Oficial Registrador, pelo qual se conclui pela viabilidade ou não do acesso do título aos assentos registrais, denominado pela doutrina de qualificação.

A qualificação do título que ensejará um ato administrativo registral, caracteriza uma decisão de mérito, um juízo de valor sobre sua registrabilidade.

A qualificação dos títulos que são apresentados a registro sintetiza a precípua atividade registral, momento de maior importância, por consistir juízo de admissibilidade do título e, se positiva, o início do "iter" registral que deverá se ultimar no ato definitivo da inscrição, com seus efeitos próprios de eficácia constitutiva, declarativa ou de simples publicidade.

O ato da qualificação tem por finalidade a segurança jurídica que deve refletir o registro, princípio maior do direito. Na qualificação depuram-se os vícios eventualmente existentes, fazendo com que a inscrição definitiva finalize a preservação do ato ou negócio jurídico, resguardando seu conteúdo e estrutura, tencionando-lhe segurança e eficácia.

O ato da qualificação é próprio do Registrador, personalíssimo, a quem foi cometido o exercício da função registral, caracterizada pública e própria do Estado.

O registrador de imóveis é um profissional do direito, dotado de fé pública, consequente da delegação que recebeu para o exercício dessa função, em caráter privado.

Muito já se disse e muito ainda falta falar sobre a qualificação registral.

Ricardo Dip, dos que melhor conhecem o sistema registral brasileiro e com profundidade, caracteriza o ato de qualificação como juízo prudencial positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial.<sup>1</sup>

A inserção do ato qualificatório registral como procedimento prudencial tem sua importância e reflexo prático, por poucos anotado, isto porque "laus prudentiae non consist in sola consideratione, sed in aplicatione ad opus, quod est finis praticae rationis", secunda secundae, ou seja, o ato de qualificação registral não se contenta e se exaure na mera apreciação do título registrando, mas tende a um fim prático, sua essencial finalidade, qual a sua registrabilidade.

No conceito prudencial da qualificação está o exame do título, fundado em normas e princípios, mas voltado à apreciação concreta do caso singular, a ele ditando uma solução, tendo em vista as circunstâncias concretas.

É percuciente, por sua repercussão prática, a conceituação de ato de prudência à qualificação registral, feita pelo ilustre Desembargador Ricardo Dip, onde se insere necessariamente a apreciação própria do registrador, como elemento essencial de valoração do caso colocado a registro, daí porque, na mesma diretriz de Ricardo Dip, podemos afirmar que o juízo de qualificação é ato de prudência porque esta se dirige à aplicação prática do caso concreto e, segundo Tomaz de Aquino, também necessário o conhecimento dos princípios gerais da razão.<sup>3</sup>

Nesse contexto de entendimento, desde que respeitados os princípios registrais e sua normativa, há que se respeitar o juízo de admissibilidade do registrador, seu entendimento, ainda que discordante de outros Juízos prudenciais.

<sup>1.</sup> Revista de Direito Imobiliário, n. 29/40.

<sup>2.</sup> Gerardus M. Paris, Synopsis Totius Summae Theologicae S. Tromae, 1956, p. 154.

<sup>3.</sup> Suma Teológica, Questão 47, art. III.

É próprio da atividade do registrador a qualificação inicial do título, que a faz por sua conta e entendimento, do contrário estaria desnaturada sua função da forma que lhe foi delegada.

#### 3. Da independência do ato de qualificação

Aqui, cabe pontuar a questão da independência desses Juízos e do próprio registrador, tratando-se, como o é, de uma operação de prudência, em seu sentido próprio, como visto.

Destaca-se, como afirma o Desembargador Luis Paulo Aliende Ribeiro, a importância de definir os limites correspondentes aos campos pertinentes ao direito público e ao direito privado, o que, sem prejuízo de regulação da atividade no âmbito da relação de sujeição especial que liga cada particular titular da delegação ao Estado outorgante, permite defender a independência e autonomia jurídica dos delegados na prática dos atos que efetivamente correspondam às profissões oficiais, cujo exercício lhes foi delegado.<sup>4</sup>

Ao exame da lei que regulamentou o art. 236 da CF/1988, conclui-se que registradores e notários são profissionais do direito, dotados de fé pública (art. 3.º, Lei 8.935/1994), gozando de independência no exercício de suas atribuições (art. 28, Lei cit.).

Insta, acentuar o comando legal, quando atribui aos registradores e notários "independência no exercício de suas atribuições".

Próprio da atividade, sendo-lhe pressuposto, está a independência para o seu exercício.

Em doutrina publicada, Luiz Egon Richter afirma: "para que o exercício da função qualificadora possa ser cumprido é imprescindível que o Notário e o Registrador tenham liberdade decisória sem nenhum tipo de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática e corporativa. O condicionamento ao qual os Notários e Registradores estão sujeitos é o de Ordem Jurídica."<sup>5</sup>

Ricardo Dip foi quem apresentou, inovando, o paradigma da independência jurídica dos registradores e notários.<sup>6</sup>

<sup>4.</sup> Regulação da Função Pública Notarial e de Registro. Saraiva, p. 85.

<sup>5.</sup> Introdução ao Direito Notarial e Registral. Coord. Ricardo Dip, Safe, p. 193.

<sup>6.</sup> Revista de Direito Imobiliário, 42/5.

Para o ilustre desembargador a qualificação registral compreende uma operação intelectiva, fundada num juízo prudencial, a decisão do caso concreto, afirmando Luis Paulo Aliende Ribeiro que o Saber e o Juízo Prudenciais dirigem-se à solução de casos concretos e estão subordinados a outros saberes, ao direito normativo e à legalidade.<sup>7</sup>

O juízo prudencial, ainda na lição de Ricardo Dip, com sustento na lição de Aristóteles, faz parte da razão prática, ou seja, saber decidir o caso concreto. Em síntese, decorre da prudência, que caracteriza o juízo de qualificação, o exame e juízo afirmativo ou não da registrabilidade do título prenotado.

Se a qualificação é ato prudencial do registrador deduz-se pela imparcialidade, pessoalidade, independência e obrigatoriedade.

O registrador não é parte, deve agir de forma a não atender pedidos de facilitação ou de prejudicar desafetos. Seu juízo atenderá, apenas, os ditames da legalidade.

Sobre ser pessoal a qualificação redunda na responsabilidade de quem qualifica, assumindo os resultados do ato.

"A qualificação deve exercitar-se de modo independente sem o que não haveria verdadeiro Juízo Prudencial: o registrador não é mero executor de ordens superiores concretas a respeito de um registro; é, ao invés, o juiz de sua efetivação".<sup>8</sup>

O registrador não pode desconhecer sua característica funcional, por compor o quadro de seus deveres e obrigações.

A qualificação registrária é obrigatória e alcança todo e qualquer título que se apresente ao Registro, sejam lavrados por Tabeliães de Notas ou particulares e aqueles expedidos judicialmente.

Evidente que esses predicados exigem uma formação acrisolada dos conhecimentos jurídicos, aquilatada antes mesmo da outorga da delegação, mas mantida com estudos contínuos de aperfeiçoamento e atualização, o que se deve propiciar e incentivar.

Não se olvidar que a qualificação registral, caso seja inadmitida a inscrição do título apresentado, não comporta mera negativa de admissibilidade, exige seja fundamentada e motivada a recusa.

<sup>7.</sup> Op. cit. p. 89.

<sup>8.</sup> Ricardo Dip. Revista de Direito Imobiliário, n. 30/84.

O delegado do serviço extrajudicial exerce a delegação em nome próprio, ao passo que o funcionário público o faz em nome do Estado, "presenta o Estado."

Sendo assim, ressalta-se que o registrador de imóveis não lida tão somente com o direito material, exige-se dele, hodiernamente, capacidade de trabalhar com áreas de conhecimento que até pouco tempo atrás ou não lhe diziam respeito ou lhe diziam respeito apenas reflexivamente, como por exemplo o direito urbanístico, ambiental e agrário, dentre outros.<sup>10</sup>

O registrador, no entanto, ao qualificar os títulos sofre limites. Sua atenção deve se voltar ao título e ao que consta da matrícula do imóvel, relacionando seus dados.

Nesse trabalho importa considerar a independência e autonomia do registrador ao decidir pela inscrição de um título, visto seus atos estarem submetidos à fiscalização do Poder Judiciário (CF. art. 236, § 1.°).

Configurado o ato de qualificação como juízo prudencial, conclui Ricardo Dip ser a prudência incompatível com a falta de liberdade e, pois, que um saber jurídico-prudencial é de todo incompatível com a ausência de liberdade jurídica.<sup>11</sup>

Ninguém poderá contrastar essa conclusão, modelo que tem base no conceito de prudência, corroborado pela tradição, pelo direito posto, inclusive o constitucional – art. 3.º, Lei 8.935/1994).

A qualificação deve ser exercida de modo independente. O registrador não é mero escritor de ordens superiores concretas a respeito de um registro; é, ao invés, o juiz de sua efetivação e não pode abdicar de seus direitos de pessoalidade e independência na qualificação. 12

O registrador, na qualificação, terá livre convencimento, prudente e independente, um juízo valorativo, observando os princípios da legalidade e juridicidade, para tanto sendo-lhe facultado optar por uma conduta dentre várias.

<sup>9.</sup> Sepúlveda Pertence, RE 178.236-RJ.

<sup>10.</sup> Luiz Ergon Richter, op. cit. p. 195.

<sup>11.</sup> Revista de Direito Imobiliário, n. 42, p. 9.

<sup>12.</sup> Ricardo Dip, Revista de Direito Imobiliário, n. 30/85.

#### 4. Responsabilidade civil e administrativa disciplinar do registrador

Surgem duas questões, uma de ordem administrativa-disciplinar e outra de responsabilidade civil.

Adiado o registro por suscitação de dúvida, ao final julgada improcedente, terá a parte interessada direito a ressarcimento de eventual dano oriundo do retardamento do registro ou até honorários de advogado contratado para contrapor-se à dúvida?

Na hipótese de o registrador ter entendimento diverso do juízo Corregedor, resultando improcedente ou a recusa da inscrição pretendida ou a própria inscrição já efetivada, responderá o registrador, disciplinarmente, pela qualificação, equivocada segundo aquele juízo?

Quanto à responsabilidade civil, os registradores e notários respondem pelos danos que causarem a terceiros por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizem, assegurado o direito de regresso, segundo disposto no art. 22 da Lei 8935/1994, redação dada pela Lei 13.286/2016.

Idêntica disposição contém o art. 28 da Lei 6.015/1997, Lei dos Registros Públicos.

Não se discute, hoje, se esses delegados respondem objetiva ou subjetivamente pelos prejuízos que venham causar pelos atos do exercício de suas funções.

Somente estão obrigados a indenizar prejuízos causados no exercício da função se tiverem agido com dolo e culpa, ainda que os atos tenham sido praticados por seus prepostos, caso em que lhes cabe o direito de regresso.

Caberá, assim, ao prejudicado provar a culpa ou dolo do delegado e seus prepostos.

Se o prejudicado alegar prejuízo decorrente da qualificação, reconhecida improcedente no procedimento da dúvida, ainda assim cabe a prova da culpa ou dolo. Não basta simples entendimento contrário do Juízo Corregedor. Haverá que ser demostrado ter agido o registrador com má-fé, erro grosseiro a configurar a culpa na sua qualificação.

O registrador é independente em sua qualificação, observada a legalidade do ato a ser registrado. Há que se respeitar, no entanto, sua liberdade de entendimento, desde que condizente com as normas e ordem jurídica e fundamentada sua decisão.

O direito e sua normatização possibilitam interpretações, não se admitindo em sua aplicação posturas rígidas de entendimento, porque de difícil conformidade.

O registrador opera com a compreensão da norma jurídica, do direito positivo e vai além, aplicando-o ao fato, ao título que lhe é apresentado e o conjugando por intermédio da interpretação.

"Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprerendantur." <sup>13</sup>

As leis e normas não são escritas de modo que compreendam todos os casos em qualquer tempo ocorrentes.

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um código, de uma norma, sempre surgirão dificuldades e dúvidas sobre sua aplicação. Como centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens.<sup>14</sup>

Difícil acreditar que a mera discordância de entendimento na aplicação da norma possa acarretar um ilícito sem que se deixe colher falha na execução do serviço, por culpa ou dolo.

Evidente que a análise da responsabilidade civil do notário e registrador deve realizar-se caso a caso, sopesando-se, e bem, as razões da atuação que os levou a agir, acertando a inscrição ou não.

Os usuários e interessados não ficam, com a adoção da responsabilidade subjetiva dos registradores pelos atos praticados, descobertos do ressarcimento por danos sofridos e deles oriundos, porquanto permanece objetiva a responsabilidade do Estado por esses mesmos danos, conforme prevê o art. 37, XXI, § 6.º da CF/1988.

Contrariada que seja a qualificação do registrador pela decisão do procedimento de dúvida, *ipso facto* não responde este por eventuais danos porventura advindos dos interessados com a demora do registro. Ilação preguiçosa e inaceitável em decorrência da atual redação do art. 22 da Lei 8.935/1994.

A responsabilidade civil dos registradores é subjetiva, suposto o dolo ou a culpa, vale dizer, comprovado que agiu deficientemente no exame do título, com descaso às normas e com desconhecimento da legislação aplicável ao caso.

<sup>13.</sup> Juliano, Digesta, I, tit. 3.

<sup>14.</sup> Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 1957, p. 26.

#### 5. Responsabilidade administrativa-disciplinar

Ponto já suscitado e que merece destaque, se o registrador ao qualificar um título, tendo seu entendimento sido contrariado pelo juízo corregedor, comete uma infração, passível de reprimende disciplinar.

A indagação não é apenas acadêmica, havendo possibilidades de se concretizar.

Volta o exame da independência jurídica do registrador, tão bem exposta por Ricardo Dip em seu trabalho intitulado "O Paradigma da Independência Jurídica dos Registradores e Dos Notários".<sup>15</sup>

Configurando o ato de qualificação um juízo prudencial, afirma o ilustre Desembargador (R.D.I. 42/5), ser a prudência incompatível com a falta de liberdade e ausência de liberdade jurídica, o que se ajusta ao nosso direito posto: notário e oficial de registro são profissionais do direito, dotados de fé pública (art. 3.º, Lei 8935/1994), gozando de independência no exercício de suas atribuições (art. 28, Lei cit.).

"A sentença prudencial de qualificação, emitida em ordem ao atendimento da segurança jurídica, reclama a independência decisória de seu agente, "la misma independencia que tiene el juez para dictar sus resoluciones" (HERNÁNDEZ GIL...).

"Não há verdadeira prudência – enquanto consciência – sem liberdade, porque a consciência certa é a norma subjetiva do agir (o que indica, saliente-se, a existência de uma outra norma para o agível, norma objetiva e fundante), e, impondo a lei um juízo do registrador acerca da aptidão inscritiva de um título (SCOTTI...), não o faz executor subordinado a ordens singulares superiores, mas juiz, independente e responsável (ao menos, sempre moralmente, da registração hic et nunc de determinado título" (MORELL..., CHICO Y ORTIZ...). Ricardo Dip, em O Novo Direito Penal Disciplinar dos Notários e Registradores, Uniregistral.

O registrador, por vezes, fica tolhido em sua decisão por obrigação de observar precedentes.

Precedentes nem sempre devem ser adotados. Já colhemos exemplos de alteração dos precedentes.

Como adverte Ricardo Dip, "Guardo muitas em relação à casuística, sobretudo enquanto roteiro pronto para o julgamento de ações futuras; em contrá-

<sup>15.</sup> Revista de Direito Imobiliário n. 42/6 e ss.

rio, reconheço mais facilmente sua importância, como elenco de casos assemelhados, para o julgamento das ações já realizadas. O melhor da casuística, já disse, está em seu papel de *praxe confessariorum*, e o pior, em sua função de *práxis poenitentium*. Porque uma e noutra espécie, há alguns riscos contrastantes: de um lado, a tendência de legislar mediante um rol de casos e de abdicar do prestigio da liberdade; de outro, a inclinação laxista, que busca achar a fórmula para evadir as responsabilidades".

Importantes as decisões ditadas com cunho normativo. Ressalva-se, porém, possam ser revistas e melhor ponderadas. Decisões que se repetem sejam repetidas porque verdadeiras e boas.<sup>16</sup>

Os registradores, embora independentes em seu juízo prudencial, estão adstritos à legalidade estrita. O descumprimento da lei ou da norma podem caracterizar uma infração disciplinar.

A infração caracterizada no art. 31, I, da Lei 8.935/1994 não tem, no entanto, o objetivo de retirar do registrador seu critério próprio e razoável de qualificar o título.

Inobservar prescrições legais e normativas tem um conteúdo significativo conceitual amplo, indefinido e indeterminado. Daí, exigir do aplicador dessa norma muita razoabilidade para que não ocorra a supressão de independência jurídica do registrador.

A divergência de entendimento jurídico não é o mesmo que improbidade: julgado do Superior Tribunal de Justiça – Resp. 721.190 – assentou que, encerrasse improbidade todo ato tido por ilegal, seria inafastavel a conclusão inaceitável de que os erros *in judicando* e *in procedendo* dos magistrados implicam improbidade, o que sobressai irrazoável.<sup>17</sup>

No voto de relator no recurso acima citado, o Min. Luiz Fux afirma: "a aferição de improbidade 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".

<sup>16.</sup> Ricardo Dip, op. cit.

<sup>17.</sup> Recurso Especial 721.190.

### 6. Do erro na qualificação. A culpa como pressuposto da infração disciplinar

Simples erro na qualificação não irrompe um efeito sancionador disciplinar.

O erro no direito administrativo disciplinar sancionador pode eliminar o elemento subjetivo e excluir a culpa.<sup>18</sup>

O erro é uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. Percepção equivocada sobre uma coisa.

"A falsa percepção tem por objeto a proibição, que o agente considera não existir, supõe o indivíduo estar praticando conduta lícita, quando na realidade está adotando comportamento justificado como infração administrativa. Em tal situação há erro de proibição". 19

O erro de proibição refere-se de forma genérica à ilicitude de conduta, diferentemente do erro de tipo, que é a falsa percepção sobre elemento de conduta típica.

O erro de percepção para ser punido é preciso que tenha ocorrido por negligência e falta de diligência.

Reitere-se que, na caracterização de um ato infracional, é fundamental verificar-se a culpa, como elemento componente indispensável para sua verificação.

A responsabilidade disciplinar funcional tem seu fundamento na culpa.

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa, do que se infere o elemento subjetivo da culpa para sua caracterização.<sup>20</sup>

Nenhuma sanção, ainda que de caráter disciplinar, pode ser aplicada ao total arrepio da culpabilidade, por ser imperiosa sua submissão aos princípios constitucionais do Direito Administrativo.<sup>21</sup>

O princípio da culpabilidade está fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), nas garantias individuais que somente resultam protegidas se houver a segurança de que não seja desprezada a subjetividade da conduta. O exercício do poder punitivo há de estar vinculado ao devido processo legal substancial, ilusório, se não houvesse a exigência da culpabilidade

<sup>18.</sup> Regis de Oliveira, Infrações e Sanções Administrativas, Ed. RT, 1985, p. 48.

<sup>19.</sup> Rafael Munhoz de Mello, Revista dos Advogados, n. 34.

<sup>20.</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 17. ed. p. 743.

<sup>21.</sup> Fábio Medina Osorio, Direito Administrativo Sancionador, 4. ed. Ed. RT, p. 236.

como fundamento para a imposição de sanções administrativas. Se a sanção administrativa atinge direitos fundamentais, inevitável que se exija culpabilidade do autor.<sup>22</sup>

Princípio próprio do Estado, no direito atual, é o da proporcionalidade, corolário do Estado de Direito, ocupando papel relevante no direito disciplinar sancionador.

A sanção administrativa é um mal que se impõe ao agente público, razão de ser aplicada sem excessos, quando necessária e de forma proporcional à situação concretizada, consideradas apenas às ações que, além de típica, sejam culpáveis.

"A imposição de sanção administrativa depende de culpa do infrator, em função do sub-princípio da adequação, corolário do princípio do excesso ou da proporcionalidade, que por sua vez decorre do princípio fundamental do Estado de Direito, previsto no artigo 1º da CF/88."<sup>23</sup>

O ilícito administrativo haverá, quando houver, por parte do agente condição para eleger a conduta tal ou qual, isto é, agir com plena consciência e liberdade de escolha (voluntariedade), além do dolo ou da culpa.<sup>24</sup>

O princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador tem natureza constitucional, garantidor dos direitos individuais, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso. Culpabilidade é uma exigência inarredável para as pessoas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do ilícito.<sup>25</sup>

Não houvesse exigência da culpabilidade de pouco ou nada adiantaria a ampla defesa, segurança jurídica, legalidade e tantos outros fundamentos constitucionais.

Não mais se pode, após a Constituição de 1988, olvidar seus princípios, tanto no direito penal, como no direito sancionador disciplinar.

<sup>22.</sup> Op. cit. p. 357.

<sup>23.</sup> Rafael Munhoz de Mello, Ver. Instituto dos Advogados, n. 34, p. 311.

<sup>24.</sup> Heraldo Garcia Vitta, A Sanção no Direito Administrativo, Malheiros, p. 35.

<sup>25.</sup> Fabio Medina Osório, op. cit. p. 357.

O § 6.º do art. 37 da CF prevê que os agentes públicos somente respondem pelos danos que causarem a terceiros, por dolo ou culpa, em ação de regresso do Estado lesado.

À leitura desse dispositivo conclui Fabio Medida Osório: "se para um mero ressarcimento ao erário resulta exigível uma responsabilidade subjetiva, muito mais se exigirá no campo do Direito Punitivo, onde a gama de direitos fundamentais potencialmente atingidos encontra ressonância muito maior e onde essa mesma responsabilidade subjetiva não pode ser vista com iguais contornos, eis que sua funcionalidade adquire novos significados...". Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção administrativa, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade, como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado, alcançando agentes públicos e particulares, na medida em que estes figurem em relações de especial sujeição ou de sujeição geral.<sup>26</sup>

O Superior Tribunal de Justiça sobre o tema já se pronunciou, afirmando:

"Não basta a demonstração da ocorrência de conduta tipificada como ilícita para que se imponha automaticamente a punição administrativa abstrata ao seu autor, a sancionabilidade, na hipótese, pressupõe a consciência do agente e sua intenção em usar de ardil para enganar a administração e obter vantagem indevida de sorte que a culpa lato sensu do administrado infrator tem de ser discutida e provada no curso do procedimento de apuração do ilícito.<sup>27</sup>"

\*\*\*

"Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes." <sup>28</sup>

O fundamento da culpa está na evitabilidade ou previsilibidade do resultado do ato antijurídico. O agente deve ter a oportunidade de evitar o fato.

<sup>26.</sup> Op. cit. p. 360.

<sup>27.</sup> RMS 24584, 5<sup>a</sup>. Turma, rel. Napoleão Nunes Maia.

<sup>28.</sup> RMS 13586. Rel; Napoleão Nunes Maia, 3ª seção.

A Corregedoria Geral de Justiça, em parecer assinado pelo emitente Desembargador Eduardo Loureiro, firmou o entendimento de que na caracterização da culpa, entende-se a possibilidade de evitar o ato ilícito. (Proc. 780/1996).

"O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequência diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistia a possibilidade de prévia ciência e previa eleição in concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso prevista".<sup>29</sup>

Se uma infração disciplinar é, em concreto, inevitável, qual o fundamento para a suposta atividade corretiva do Estado? Corrigir o quê? Se a ação ilícita era, por qualquer motivo, inevitável, como punir o infrator?<sup>30</sup>

Destarte, imperioso o nexo causal entre o fato e conduta do agente. A previsibilidade do acontecimento, de querer ou não sua ocorrência, de evitá-lo, é vínculo imprescindível para a configuração do delito disciplinar.

Com relação aos atos dos prepostos, não é qualquer deles que irá legitimar uma penalidade ao delegado do serviço.

Necessária uma ilação de efeito e causa, vínculo com a conduta do Tabelião.

Assim entendeu a E. Corregedoria Geral de Justiça, em parecer aqui já citado, do eminente Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, onde se objetivava, justamente, ato de preposto: "ato ilícito isolado, desde que caracterizador da culpa do notário, entendida como a possibilidade e evita-lo, é bastante e suficiente para a tipificação disciplinar".

Inexistindo, assim, possibilidade de se impedir o ato do preposto, não se pode responsabilizar o delegado dos serviços.

Oportuno lembrar julgado do Superior Tribunal de Justiça ao exame de presunção de inocência em processos disciplinares: "2. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta ou desproporcional ao ato infracional cometido são insuscetíveis de eliminação, por isso a imposição de sanção disciplinar está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância da regra do *indubio pro reo*, expressão jurídica do princípio da presunção de inocência, intimamente ligado ao princípio da legalidade. 3. Não

<sup>29.</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 751.

<sup>30.</sup> Fábio Medina Osório, op. cit. p. 364.

basta a demonstração da ocorrência de conduta tipificada como ilícita para que se imponha automaticamente a punição administrativa abstrata ao seu autor; a sancionalidade, na hipótese, pressupõe a consciência do agente e sua intenção em usar de ardil para enganar a Administração e obter vantagem indevida, de sorte que a culpa *latu sensu* do administrado infrator tem de ser discutida e provocada no curso do procedimento de apuração do ilícito".<sup>31</sup>

Admitir-se a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, torna impossível que o delegado dos serviços extrajudiciais prove que a execução imperfeita de atos ocorreu por dolo ou culpa de seu auxiliar, ainda que se trate de preposto sobre qual nunca houve qualquer desconfiança e sua escolha foi cuidadosa e que houvesse constante vigilância sobre seus serviços.

Essa postura conduz a uma situação de suma injustiça, imputando-se ao servidor responsabilidade sem nexo causal com o ato praticado por seu preposto, principalmente, quando não tinha possibilidade de impedi-lo.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Órgão Especial, no Mandado de Segurança 0002389-07.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Enio Zuliani, assim decidiu:

"A culpa é um componente indispensável no reconhecimento de condutas puníveis e isso tanto é fundamental no direito penal, como esfera disciplinar. Quando se cogita de reparar prejuízo (material ou moral), a lei não busca localizar culpados, mas, sim, responsáveis, o que encaminhou o sistema legal a optar pela responsabilidade objetiva (independente da culpa), para solucionar crises surgidas com as sentenças que não indenizavam danos injustos evidenciados, porque a vítima não realizava a prova da culpa do réu (prova diabólica ou severa incidência do art. 333, I, do CPC). A sentença civil que manda indenizar não traduz pena ao sujeito que vai pagar, constituindo reconhecimento de uma obrigação civil, o que é diferente da pena criminal ou administrativa, só assimiláveis pela comunidade jurídica quando emitidas pela confirmação da vontade consciente do condenado de causar um resultado próprio da antijuridicidade".

"O Tabelião foi punido disciplinarmente sem ter agido com culpa, o que é contra o espirito da ordem jurídica justa. Ai reside a ofensa a direito liquido e certo e que possui diversas variantes, inclusive a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF). O Tabelião deve responder, na Corregedoria, pelos infracionais próprios e de seus prepostos, desde que tenha participado de alguma

<sup>31.</sup> RMS 24584/SP, 5<sup>a</sup> T., j. 09.02.2010, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

maneira (até por omissão culposa) pela concretização do erro ou do evento danoso. Contudo e se agiu na normalidade dos deveres estabelecidos, a punição soa como um castigo imerecido e que rompe os alicerces dos direitos da personalidade do agente. É, pois, insubsistente".

Já se afirmou que o entendimento traçado neste Mandado de Segurança foi revisto pelo mesmo Órgão Especial, que passou a entender ser objetiva a responsabilidade (voto convergente, Des. Luiz Antônio de Godoy, M.S. 900002-14.2015.8.26.0995) disciplinar dos notários e registradores e foram citados os Mandados de Segurança 2207878-70.2014.8.26.0000 e 2225875-32.2015.8.26.0000.

Ocorre que nesses últimos dois julgados os fatos eram bem pontuais e específicos, onde houve erro por parte de escreventes na lavratura de escrituras, quando sabemos que é obrigação dos notários rever e subscrever tais atos, referendando-os e, se isto ocorrer, transfere-se a ele toda a responsabilidade do ato praticado pelo preposto.

Em momento algum foi decidido que a responsabilidade disciplinar dos notários e registradores era objetiva, prevalecendo, pois, o entendimento adotado no Mandado de Segurança pelo voto do Relator Des. Enio Zuliani.

### 7. SÍNTESE

Os Registradores de Imóveis e os notários exercem uma função pública que lhes foi delegada pelo Poder Público. Respondem, assim, ao poder delegante pelo exercício da delegação.

No exercício dessa função delegada são independentes, respondendo por seus atos, nos estritos termos da delegação que lhes foi outorgada.

A responsabilidade maior do registrador está na qualificação dos títulos potencialmente inscritíveis. Na atividade qualificativa tem independência para suas decisões, adstritas à legalidade, no entanto, atrelado ao Poder Regulatório exercício pelo Poder Judiciário.

O juízo de qualificação do Registrador somente pode ser contrastado se ordenado contrariamente à lei e normas jurídicas. Simples interpretações com juízo discordante do Poder Regulador, sem que tenha o registrador agido com culpa, não lhes acarreta responsabilidade civil, sequer administrativa disciplinar, ambas caracterizadas e subsumidas a exame de culpa, no contexto da responsabilidade subjetiva.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A qualificação registral dos instrumentos particulares de alienação fiduciária, de Sérgio Jacomino *RDI* 76/283-296 (DTR\2014\1701);
- A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento, de Eduardo Agostinho Arruda Augusto *RDI* 64/215-236 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/975-1000 (DTR\2008\907); e
- As cláusulas abusivas e os limites da qualificação registral, de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho *RDI* 80/35-54 (DTR\2016\19738).

## RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR, POR ATO PRÓPRIO E POR ATO DE PREPOSTO

### ADMINISTRATIVE LIABILITY OF NOTARY AND REGISTRAR BY ACT OF PRINCIPAL AND BY ACT OF AGENT

#### Luís Paulo Aliende Ribeiro

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Autor. Desembargador em São Paulo. Iribeiro@tjsp.jus.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo trata da responsabilidade administrativa dos notários e registradores, por ato próprio ou por ato de seus prepostos, em função de sua independência jurídica necessária para o desempenho da atividade. Neste trabalho, o autor sustenta, para a definição da responsabilidade disciplinar destes profissionais, ser necessária a distinção entre a atuação decorrente do gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal da correspondente unidade e sua atuação jurídica, que demanda independência para o juízo prudencial de qualificação, não se confundindo com nenhuma outra atividade estatal. Por fim, defende não ser justificável um tratamento legal diverso daquele estabelecido para os demais órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta.

Palavras-chave: Responsabilidade administrativa – Notários e registradores – Função pública – Administração Pública.

ABSTRACT: This article deals with the administrative liability of notaries and registrars by act of principal and by act of agent, due to the legal independence needed to perform their activity. In this work, the author argues that to define disciplinary responsibility of these professionals, it is necessary to distinguish between management acts, including financial and personnel, of the notary and registry from legal acts, which demand independence for the prudential judgment of qualification, not to be confused with any other state activity. Finally, advocates that is not justified a different legal treatment from that set for other organs and entities of the direct and indirect public administration.

**Keywords:** Administrative liability – Notaries and registrars – Public function – Public Administration.

Sumario: 1. Introdução. 2. As profissões oficiais e o exercício da função pública. 3. A independência jurídica do notário e do registrador, o direito da função pública e o direito administrativo sancionador. 4. Responsabilidade administrativa por ato próprio, do notário ou do registrador, e por ato de preposto. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O tema da responsabilidade administrativa (ou disciplinar) de notários e registradores, por ato próprio ou por ato de seus prepostos, tem por premissa necessária a abordagem da independência jurídica inerente ao adequado desempenho da atividade.

Os notários e registradores são profissionais do direito que exercem função destinada à tutela pública de interesses privados e que tem por fim alcançar o interesse público da segurança jurídica.

As atividades notariais e de registro são, em regra, desempenhadas de forma singular por *delegados de ofício público* ou, como sustento em trabalho anterior, integrantes do que se pode chamar, com amparo na doutrina espanhola e portuguesa, de *profissões oficiais* ou *profissões públicas independentes*. Estes profissionais se inserem na ampla categoria de *agentes públicos*, como particulares em colaboração com a Administração.<sup>1</sup>

O exercício independente e responsável da atuação jurídica exigida desses profissionais tem por pressuposto sua capacitação jurídica e se verifica por uma atividade de qualificação.<sup>2</sup>

Convencido da relevância institucional da independência jurídica dos notários e registradores e da necessidade de ampla difusão de sua importância, busquei, no I encontro Internacional de Direitos Reais e Direito dos Registos e do Notariado, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos dias 10 e 11 de setembro de 2012 e que foi publicado nos Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR), tratar do assunto a partir de abordagem que agregava a tais estudos elementos do Direito da Função Pública (ou Disciplinário), em especial no que se refere à organização profissional e ao direito sancionador e disciplinar aplicável a notários e registradores.<sup>3</sup>

Destes estudos resultaram trabalho que, por dar continuidade ao que fora exposto por ocasião da tese elaborada e defendida sob orientação da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, foi publicado em obra coletiva editada em ho-

<sup>1.</sup> RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79-84.

<sup>2.</sup> RIBEIRO. Ob. cit, 2009. p. 86.

<sup>3.</sup> RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. A independência jurídica do notário e do conservador. Cadernos do CENoR – Centro de Estudos Notariais e Registais, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 25-44. Cf. ainda, RIBEIRO, Qualificação registral imobiliária e a independência jurídica do registrador. In: GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (Coord). Direito Imobiliário Brasileiro, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

menagem à professora, artigo que apresenta significativa atualidade<sup>4</sup> e no qual busco sustentar que:

"A seleção por mérito – concurso de provas e títulos – embora continue a se firmar como o adequado requisito de capacitação prévio à investidura em qualquer cargo ou função públicos, é apenas uma primeira verificação, e que não pode prescindir, na sequencia, da capacitação profissional dos agentes públicos, necessária para sua formação profissional, para a organização administrativa do serviço público, para a conformação institucional daqueles aos quais conferido o exercício de funções públicas, para sua instrução, informação e ciência dos parâmetros éticos da profissão pública à qual vinculados e, nesse contexto, daquilo que o Direito, a Administração e os cidadãos esperam desses profissionais, a definir quais são suas responsabilidades, não somente em face de usuários, demais agentes públicos e terceiros, mas também, e em especial, no que se refere ao direito administrativo sancionador.

Essa formação profissional – necessidade e dever do Estado que se mostra presente no desempenho de cada uma das funções públicas – há de ser dada e garantida de forma prévia e adequada a todos os agentes públicos, o que deve ocorrer no momento imediato à formalização da investidura e na sequência de toda sua vida profissional, em cumprimento à obrigação estatal de profissionalização de seu pessoal e em atenção ao direito subjetivo público de tais agentes, dos cidadãos e de toda a sociedade..." (p. 361)<sup>5</sup> (grifei).

É hora de retomar a discussão, agora com a inserção, neste estudo, de questionamentos tomados do exame de decisões jurisdicionais e administrativas, no intuito de aproximação entre a teoria e a prática.

### 2. As profissões oficiais e o exercício da função pública

Buscarei, com base no que foi exposto na tese "A regulação da Função Pública Notarial e de Registros", apresentar os contornos institucionais então abordados e que se referem à instituição notarial e de registros de forma abrangente.

<sup>4.</sup> O que se afirma em face dos debates sobre a indevida conduta dos chamados "concurseiros" e das discussões a respeito de que "a delegação não se delega". A edição em obra de direito administrativo não lhe conferiu, no entanto, maior divulgação entre os estudiosos e demais profissionais voltados para as notas e registros públicos).

<sup>5.</sup> RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Formação profissional de notários, registradores e de seus prepostos: dever do Estado e direito subjetivo público. Direito e administração pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Floriano de Azevedo Marques Neto e outros (coord.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 358-373.

Vejo a atividade notarial e de registro como serviço público, ou seja, a partir da inegável constatação de que se trata de *função* pública exercida por particulares em razão de delegação estatal e, como tal, sujeita ao direito administrativo.

Os notários e registradores exercem função pública e no exercício da sua atividade também produzem atos administrativos dotados de todos os atributos e sujeitos aos requisitos expressos no direito administrativo, não obstante sejam o objetivo e a finalidade destes atos a produção de efeitos jurídicos junto aos interesses privados e ao direito privado.

Destaca-se, neste ponto, a importância de precisa definição do significado em que se utiliza a palavra *função*, que se apresenta relacionada à ideia de *dever* e que Celso Antonio Bandeira de Mello, ao tratar da função administrativa, descreve como *obrigação de buscar no interesse de outrem a satisfação de uma certa finalidade*.

O agente público não atua orientado pela autonomia da vontade, mas, pautado pela lei, que indica o interesse público a ser satisfeito como dever. É esta a ideia que se apresenta quando se fala em função, e que se aplica tanto para a *função pública*, nos seus desdobramentos administrativo, urbanístico ou notarial e de registros, quanto para a *função social*: da propriedade, da cidade, da empresa ou do contrato.

O direito administrativo informa a atividade notarial e de registros na sua configuração como serviço público, sua essencialidade, organização, regulamentação orgânica e o seu caráter, o que não abrange nem se confunde com a atuação jurídica dos notários e registradores, peculiaridade dessas profissões oficiais ou profissões públicas independentes, que lhes confere independência para a elaboração dos atos notariais, a lavratura de protestos, os registros de nascimento e óbito, as notificações e o registro de títulos ou a qualificação registral imobiliária.

Estas *profissões oficiais* apresentam-se eficientes na gestão privada de funções públicas, têm algo de exercício privado de funções públicas, alguns rasgos

<sup>6.</sup> MEDEL, Jesus Lopez. *Teoria del registro de la propiedad como servicio publico*. Madrid. Centro de Estúdios Registrales, 3. ed., reimpressa. 1991. p. 133-134.

PARADA, Ramón. Derecho administrativo II – organización y empleo público. 17. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 437.

<sup>8.</sup> GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 149.

das profissões liberais, parcela de funcionários e muito do que caracteriza a concessão de serviços públicos.<sup>9</sup>

Como os funcionários públicos, devem os profissionais oficiais, para o ingresso na atividade, comprovar, em concurso público, mérito e capacidade e estão sujeitos a um poder disciplinar de natureza funcional, ostentando, para efeitos penais, a condição de funcionários, o que, entretanto, não importa na aplicação, a tais profissionais, dos estatutos gerais dos funcionários.

O traço mais característico da figura da profissão oficial é, sem dúvida, como assinala Ramón Parada, sua proximidade com a concessão de serviços públicos, pois, como o concessionário de qualquer serviço público, o profissional oficial identifica-se com um empresário ao qual se concede a exploração do ofício público e que deve fazer frente aos gastos com pessoal e material necessários à manutenção do serviço, assim como obter sua própria remuneração dos valores pagos pelos usuários.

A entrega, pelo Estado, de tais incumbências a atores privados impõe ao Poder Público o dever de concomitante intervenção e de que venha a ocupar uma posição institucional de garante da persecução do interesse público. Cabe, pois, ao Estado, nessas atividades em que exonerado da execução direta ou exclusiva, o dever geral de assegurar ou garantir que os atores privados cumpram as incumbências que lhes são cometidas para se alcançarem os resultados pretendidos: satisfação do interesse público e das necessidades da coletividade.<sup>10</sup>

O instrumento de que dispõe o Estado para essa atuação de garantia é a *regulação*, que, segundo Pedro Gonçalves, abrange, em um sentido amplo,

"... o estabelecimento de regras para um determinado sector de actividade ('regulação normativa'), a respectiva implementação ou aplicação, a vigilância ou fiscalização do acatamento delas pelos destinatários, *bem como a punição dos infractores* ('regulação administrativa')." (grifei).

Diante disso, desenvolve o Estado uma tarefa de supervisão e regulação das atuações privadas, de forma a evitar uma "... ação privada desregulada..." e na busca de uma "... auto-regulação privada publicamente regulada." <sup>12</sup>

<sup>9.</sup> PARADA, Ramón. Los registradores de la propiedad (a propósito de la presentación del libro *Práctica hipotecaria*). *La calificación registral*. Madrid: Civitas, 1996, Tomo I, p. 48-54.

<sup>10.</sup> GONÇALVES. Ob. cit., 2005, p.167-168.

<sup>11.</sup> Idem, p. 169.

<sup>12.</sup> Idem, p. 171 e ss.

Em resumo, a delegação é outorgada à pessoa física do notário ou registrador, o que se completa com a expressa exigência da capacitação jurídica adequada para o exercício de tais funções e das atividades jurídicas a elas inerentes.

A capacitação jurídica dos notários e registradores constitui-se em imperativo institucional e antiga reivindicação dos estudiosos do direito notarial e registral.

A necessidade de que a pessoa física à qual outorgada a delegação tenha formação jurídica, verificada por meio de concurso público, de provas e títulos, apresenta-se em todas as especialidades. A atividade notarial e de registro é jurídica, o que impõe o seu exercício por um profissional especializado, de cuja atuação decorrem efeitos jurídicos relevantes para direitos e interesses de terceiros.

A este quadro, já referido na tese defendida no ano de 2008, acrescento, as conclusões expressas no artigo "Formação profissional de notários, registradores e de seus prepostos: dever do Estado e direito subjetivo público", antes referido, e que transcrevo:

"Destacado o caráter preventivo e o escopo de aperfeiçoamento da organização administrativa do serviço público, de implantação de efetiva profissionalização da função pública, de definição de seu regramento, de seus parâmetros éticos e de seus fins institucionais, elementos que informam o estudo do Direito da Função Pública, fixa-se a premissa de que a ordem jurídica estabelece o dever do Estado de formar, orientar e profissionalizar os agentes públicos (dentre os quais os delegados e os prepostos das notas e registros públicos), para cientificá-los de sua disciplina e impor aos encarregados do exercício de funções públicas uma conduta ética e transparente, com sujeição ao controle previsto pelo Direito e à devida e correspondente responsabilidade, pressupostos da adequada atuação do Direito Administrativo Sancionador. A esse dever estatal de profissionalização do seu pessoal soma-se o direito subjetivo público do servidor à adequada e prévia obtenção dessa informação, capacitação e aperfeiçoamento, o que se constitui também em direito subjetivo público dos usuários do serviço público e de todos os cidadãos, aos quais se volta o exercício da função pública. Agrega-se, então, a ideia de que deva haver um preparo e uma preocupação da Administração, antecedente à posse e ao vínculo que estabelece a relação de trabalho, destinados a conferir caráter impessoal à seleção do profissional, tarefa que busca a escolha dos mais capacitados e que se executa por meio do concurso público de provas e títulos. Essa capacitação prévia focada, em regra, na avaliação de conhecimentos mais voltados para alfabetização e escolaridade, sem necessária identificação com a prática das funções públicas a serem desempenhadas, não basta, entretanto, para assegurar à Administração Pública, aos próprios servidores e empregados públicos, e, ainda, aos usuários e destinatários das funções e serviços públicos, uma atuação adequada e eficiente daqueles que vierem a ser incumbidos do exercício de tais funções. Por tais razões a profissionalização da função pública, iniciada com esse importante passo que é o concurso público, há de prosseguir, na sequencia da posse e da formalização do vínculo do trabalhador público com a Administração, com a formação profissional dessa pessoa, o que não se resume à imposição ao servidor da obrigação de busca do conhecimento da disciplina legal e regulamentar das funções que passa a exercer, mas, como expresso no início deste texto, no compartilhamento desse encargo com o Poder Público, que tem o dever de instruir, motivar e qualificar seu pessoal para que estes profissionais, cientes dos fins institucionais, dos parâmetros éticos e daquilo que a Administração e a sociedade esperam do seu trabalho possam se sujeitar, com segurança jurídica, às responsabilidades correspondentes a essa atividade. A seleção por mérito – concurso de provas e títulos – é apenas uma primeira verificação, limitada à reunião, no candidato a agente público, de uma certa porção de conhecimentos (jurídicos, no caso dos notários e registradores) e que (à falta da possibilidade de se reconhecer de pronto a vocação para o desempenho de tais funções) não pode prescindir, na sequencia e imediatamente à formalização do vínculo pela investidura, de atuação efetiva do Poder Público voltada para a capacitação profissional dos agentes públicos. Esta é necessária para sua formação como pessoas que realmente queiram fazer do exercício da função pública uma profissão, fonte primária do sustento de suas famílias e da sua realização profissional. Identificadas condutas que não se conformam a essa atuação de cunho profissional, disso é preciso dar ciência a todos que, por qualquer razão, ignoram ou ainda não compreenderam a irregularidade de tais práticas, o que pode ser feito, de forma adequada, por meio de estudo e atividade acadêmica e de quaisquer formas que permita a divulgação e a publicidade dessa informação a todos os interessados. Na sequencia há de se dar a efetiva cobrança, institucional (autorregulação profissional privada) e correcional (regulação estatal), da cessação dessas condutas." 13 (grifei).

### 3. A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR, O DIREITO DA FUNÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Reafirma-se, nesse contexto, que a independência jurídica do notário e do registrador é pressuposto para o exercício da função qualificadora. A delegação, ao descentralizar a execução dos serviços afetos à instituição tabelioa e registral,

<sup>13.</sup> RIBEIRO. Ob. cit., 2013, p. 272-273.

permite a notários e registradores o exercício, de forma autônoma, nos limites impostos pela ordem jurídica, da função pública de que investidos, <sup>14</sup> o que possibilita a definição, com Ricardo Dip, <sup>15</sup> de um modelo de independência funcional.

O saber e o juízo prudenciais dirigem-se à solução de casos concretos e estão subordinados a outros saberes, ao direito normativo e à legalidade.

A complexidade das relações jurídicas e a relevância dos efeitos da atuação dos notários e registradores nos direitos e interesses de terceiros impõem a reunião, nestes profissionais oficiais, de ambos os saberes, para que o juízo prudencial se efetive, na solução prática dos casos concretos, por pessoa dotada de conhecimentos jurídicos suficientes para a fundamentação e motivação de seus atos, o que se constitui em pressuposto indeclinável do exercício destas funções públicas com independência e autonomia jurídica.

A compatibilidade da necessidade de fundamentação e motivação de suas decisões com a independência jurídica apresenta-se, para os notários e registradores, à semelhança do imperativo constitucional de motivação das decisões judiciais pelos magistrados, o que não resulta em limitação à autonomia intelectual dos juízes, cuja atuação jurisdicional também corresponde ao exercício de um juízo prudencial.

<sup>14.</sup> RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. *In*: DIP, Ricardo (Coord.) *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 193. A ser cumprida, como adverte Luiz Egon Richter, com "... liberdade decisória, sem nenhum tipo de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática e corporativa. O condicionamento ao qual os Notários e Registradores estão sujeitos é o da ordem jurídica."

<sup>15.</sup> Ricardo Henry Marques Dip, publicou na *Revista de Direito Imobiliário*, estudos sobre o saber prudencial do registrador (e do notário), com a definição de um modelo de independência funcional fundado no juízo de qualificação. O paradigma da independência jurídica do notário e do registrador foi, a partir de 1990, apresentado por Ricardo Dip em sucessivos congressos de registradores, realizados em 1990, 1991 e 1992, nos quais verificou, inicialmente, que o saber próprio do registrador – e do notário – era de caráter prudencial, aproximado do saber típico do juiz, e que o exercício da função – sem impedir que o registrador tivesse saber científico – exigia do profissional o exercício da prudência: a decisão do caso. A trilogia segue com a ideia de que esse saber prudencial se desenvolve no exercício da tarefa de qualificação e se completa com o estudo da ética dos registradores prediais." Cf. DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. *Revista de Direito Imobiliário n. 42*, set./dez. de 1997. São Paulo: Ed. RT, p. 5-12.

Essa atuação jurídica corresponde à atividade de qualificação, que se apresenta em toda atividade notarial e de registro; segundo Ricardo Dip, é um juízo prudencial e, como tal, inclui a ordem, o império. Abrange um procedimento preparatório e uma etapa de execução, mas seu ponto alto é um juízo: a vinculação de dois pontos entre si.

A qualificação constitui-se no ato mais importante da atividade notarial e de registros. Muito se discute sobre a natureza destes atos jurídicos, os quais, inseridos no contexto destas singulares funções públicas, apresentam, também, as mesmas peculiaridades. <sup>16</sup>

À independência e autonomia jurídica que afastam o exercício da função notarial e de registros de uma atividade burocrática, há de somar-se a obrigatoriedade de fundamentação e motivação das decisões tomadas nesta singular tutela administrativa de interesses privados, que não se confunde com a jurisdição voluntária a cargo dos juízes.

Impõe-se, por fim, a necessária atribuição aos notários e registradores de responsabilidade pelos danos que terceiros possam vir a suportar em razão das correspondentes atividades notariais e registrais, o que se sustenta a partir da constatação de que a coincidência de interesses é a melhor forma de assegurar o melhor desempenho daquele legalmente encarregado de zelar por interesses alheios, <sup>17</sup> sejam individuais sejam difusos.

Na sequência destas considerações verifica-se que o exercício da função pública notarial e de registro deve ser estudado no âmbito do que hoje se apresen-

<sup>16.</sup> Idem, ibidem. Há muito adverte Ricardo Dip, ao tratar dos tipos de gestão registral (tal qual a notarial), dos riscos de que a tensão entre o público e o privado resulte em uma estatização (ou administrativização) das atividades notariais e registrais, fomentada por teses "empresarialistas" e que viesse a interferir no que é próprio da gestão "ad extra", em especial na independência jurídica do registrador (e do notário). Sustenta que: "Esse modelo, fundado em uma sólida teoria dos saberes jurídicos, corroborado pela tradição e compaginado, pois, com o direito posto – incluso o constitucional –, não se compatibiliza, é verdade, com o fato da poietização da profissão jurídica dos notários e registradores, nem com o fato da administrativização do objeto jurídico primeiro de sua tarefa: a autonomia de vontades contratantes, no caso dos notários, e a propriedade privada, no dos registradores. Tampouco o paradigma da independência jurídica de oficiais de registro e tabeliães é acomodável ao fato de comumente entender-se que a mais rigorosa das punições administrativas a eles cominadas, a de perda de delegação, esteja ligada a um simplíssimo elemento normativo de tipo – a falta grave –, sem menção da conduta que o carregue."

<sup>17.</sup> NUÑES, Celestino Pardo. La agencia del servicio registral: notários o registradores? *Boletin del Colegio de Registradores (España)* 68/247-251, p. 250.

ta como Direito da Função Pública (ou Direito Disciplinário), abrangente não só das questões relativas ao Direito Administrativo Sancionador, mas também da profissionalização da função pública, com a definição de sua organização, de seu regramento, de seus parâmetros éticos e dos seus fins institucionais.

Nas palavras de Raquel Dias da Silveira:

"Hodiernamente, como disse Edgardo José Maya Villazón, a ordem protegida pelo direito disciplinário refere-se à organização administrativa, ao serviço público e ao funcionamento essencial de um Estado que está a serviço do cidadão. Tem por fim o direito disciplinário salvaguardar a dignidade e o cumprimento escorreito da função pública.

Mediante tal premissa, reconhece-se a necessidade de se afirmar o caráter preventivo do direito disciplinário, voltado, antes de tudo, para a formação e profissionalização dos agentes públicos, tornando-os cientes de sua disciplina, impondo-lhes uma conduta ética e transparente, sujeitando-os a todas as formas de controle previstas pelo direito e aplicando-lhes a devida responsabilidade, quando couber. Daí porque se falar em ampliação do núcleo ou do objeto do direito disciplinário atual, ao ponto de nele incluir a investigação de temas como a formação, profissionalização, disciplina, ética, transparência, controle e responsabilidade da função pública.

Afinal, como fundamento da culpabilidade e, por consequência, da responsabilidade, tem-se a inexigibilidade de conduta diversa. Quer dizer, a consciência do ilícito afeta a natureza antijurídica do comportamento. Nessa seara, tenho comigo que só se pode exigir conduta diversa de infrações que geram responsabilidade se o servidor tiver prévio conhecimento de sua disciplina. Esse conhecimento não pode ser tratado como presunção pelo Direito, a partir da formalização do vínculo (no Brasil, mediante assinatura do termo de posse, em se tratando de regime estatutário, ou celebração do contrato de trabalho, quando se estiver diante de regime trabalhista). Se, por um lado, existe para o servidor público o dever de informar-se, existe, muito mais, para o Estado, o dever de profissionalizar seu pessoal. A profissionalização, sob o ponto de vista do servidor, é direito público subjetivo e, do Estado, obrigação. Somente a partir do momento em que o Estado coloca à disposição do servidor instrumentos de profissionalização é que o servidor passa a compartilhar com ele o munus pelo aperfeiçoamento e pela necessária informação e capacitação. Portanto, a máxima de que a ninguém é defeso alegar o desconhecimento do direito não se aplica aos servidores públicos a que o Estado não deu a oportunidade de se profissionalizarem, como determina a Constituição." (grifei).

Esta ideia guarda correspondência com a de que o chamado Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador) volta-se à regularidade do serviço e não à retribuição de um ilícito.

Destaco, neste particular, os trabalhos desenvolvidos, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Estudo da Função Pública – IBEFP, com a notícia de que, na Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP de nº 2 consta artigo em que Vicente de Abreu Amadei aborda com o devido cuidado o tema da "Responsabilidade Administrativa dos Notários e Registradores".

Vicente Amadei defende, nesse artigo, fundado na coerência lógica do que chama de sistema de delegação, a concentração, no Brasil, de atribuições de direção, superintendência e censura junto ao Poder Judiciário, ao qual cabe a aplicação de sanções, "inclusa a de perda de delegação, quando for o caso", 19 interpretação que acompanho por reputar coerente com o sistema de regulação da função pública notarial e de registro.

Este é o pano de fundo, erigido com base nos pressupostos da garantia da independência jurídica do registrador e do notário para o adequado exercício da atividade de qualificação e de que o Direito Administrativo Sancionador volta-se à regularidade do serviço e não à retribuição de um ilícito, que coloco para a abordagem do tema da responsabilidade administrativa do registrador e do notário, por ato próprio e de preposto.

### 4. Responsabilidade administrativa por ato próprio, do notário ou do registrador, e por ato de preposto

Ao tratar do tema da responsabilidade extracontratual resultante da atividade notarial e de registro,<sup>20</sup> e no que se mostra relevante para a questão da res-

<sup>18.</sup> SILVEIRA, Raquel Dias da. Direito disciplinário?. *In*: BAUTISTA CELY, Martha Lucia; SILVEIRA, Raquel Dias da (Coord.). *Direito Disciplinário Internacional: estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle responsabilidade da função pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, vol. 1, t. I, p. 35-36.

<sup>19.</sup> A anotação é relevante porque, no que se refere à desinvestidura do registrador (e do notário) este entendimento conflita (e se apresenta como a primeira adversidade doutrinária) ao que, há mais de dez anos, sustenta Ricardo Dip ao defender (cf. nota 16), em face das peculiaridades da legislação brasileira, que sob o primado da independência jurídica do registrador (e do notário) as hipóteses legais de desinvestidura da delegação devem arrolar-se em numerus clausus e reclamam estrita interpretação.

<sup>20.</sup> RIBEIRO. Ob. cit., 2009, p. 119.

ponsabilidade administrativa (ou disciplinar) dos notários e dos registradores, sustento que a modelagem constitucional dessa singular forma de descentralização administrativa por colaboração, em que é outorgado à pessoa física, profissional do direito, o exercício de atividades jurídicas e materiais, deve considerar e distinguir, para a definição da responsabilidade desses profissionais:

- a atuação decorrente do gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal da correspondente unidade, do que resulta o oferecimento aos usuários de um serviço que em nada difere dos demais prestados pelos órgãos e entes que integram a Administração, direta e indireta;
- sua atuação jurídica, que não se confunde com nenhuma outra atividade estatal e demanda independência para o juízo prudencial de qualificação;

A distinção entre a atuação jurídica e a resultante da organização dos serviços da unidade é relevante, porque o estudo de sua responsabilidade, seja extracontratual ou administrativa, deve considerar que os notários e registradores, nos limites de sua atividade jurídica de qualificação, atuam para dar segurança, publicidade e eficácia a atos, direitos e interesses de terceiros.

Por esta razão não respondem, em princípio, sem que haja demonstração de nexo de causalidade entre a ocorrência de danos e falha na atuação dos referidos órgãos da fé pública, pelos efeitos regulares produzidos pelos atos notariais e registrais.

No exercício da delegação, o registrador e o notário, pessoalmente ou por meio dos prepostos expressamente autorizados pelo titular, executam e oferecem aos usuários serviços correspondentes a atividades materiais, que não diferem em nada daqueles que são prestados pelos órgãos e entes das Administrações direta e indireta, serviços estes para os quais organizam e gerenciam, com exclusividade e o objetivo de obter a melhor qualidade na prestação dos serviços, as unidades correspondentes às delegações que lhes foram outorgadas.

É de atribuição do titular, que assume o risco administrativo inerente ao exercício da atividade delegada, o estabelecimento de normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos, assim como a decisão sobre as despesas de custeio, investimento e pessoal, o que tem por correspondência necessária o dever de adequada prestação do serviço público e a responsabilidade do delegado, perante terceiros, pelos atos dos prepostos relacionados com a atividade.

Nada justifica, em face de tais atribuições e no âmbito da responsabilidade extracontratual ou civil, um tratamento legal referente à responsabilidade pelos danos resultantes do mau funcionamento do serviço diverso daquele estabelecido para os demais órgãos e entes da Administração pública, direta e indireta, dentre estes os que, também por delegação, exercem serviço público.

No âmbito destas atividades materiais defendo que se aplica aos notários e registradores, pessoas (físicas) de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim definidas por comando expresso no art. 236 da Constituição Federal, a disposição do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Cabe, aqui, a advertência de que o que se defende para a responsabilidade civil ou extracontratual não se transporta, assim como não se dá para a responsabilização penal, para a atividade sancionatória administrativa ou disciplinar.

A matéria permanece controversa, e uma sucessão de alterações legislativas vem alterando o texto do art. 22 da Lei Federal 8.935/1994, a mais recente por meio da Lei 13.286/2016, na busca de redação que, ao arrepio do que dispõe a Constituição Federal, no § 6º do art. 37, viesse a colocar um ponto final na infindável e improdutiva discussão quanto à natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil (extracontratual) dos notários e registradores.

Creio ser de pouco relevo esse debate porque, na esteira de lição muitas vezes repetida pelo professor Márcio Cammarosano, e acolhida por este seu aluno, há discussões que não se iniciariam se os contendores, de plano, buscassem a precisa definição do que buscam defender. É o que se dá com relação ao que cada um tem em mente como sendo responsabilidade objetiva ou subjetiva, e que, no mais das vezes, poderia convergir para pontos comuns caso os debatedores estivessem dispostos a expor, com exatidão e sem preconceitos, o que incluem em um ou outro rótulo.

O que dificulta o estudo da responsabilização extracontratual dos notários registradores, e que se apresenta ainda mais relevante na abordagem da responsabilidade administrativa ou disciplinar, não a prévia rotulagem de uma responsabilidade de natureza objetiva ou subjetiva, mas sim, e aqui reitero antiga afirmativa, o fato de que ao lado dessa atividade material exercem os delegados da fé pública atividade jurídica.

Essa atuação jurídica tem por objeto conferir segurança, publicidade e eficácia a atos, direitos e interesses de terceiros, não se confunde com nenhuma outra atividade estatal e demanda independência para o juízo prudencial de qualificação. Dela resultam relevantes efeitos nos direitos e interesses de terceiros, os quais se potencializam em um mundo cada vez mais complexo e globalizado, com novos conceitos relativos à publicidade e privacidade e o surgimento de novas modalidades de negócios jurídicos e de novas formas de sua instrumentalização.

Seu exercício regular não importa, sem que haja demonstração de nexo de causalidade entre a ocorrência de danos e falha na atuação dos notários e registradores, *pelos efeitos regulares* produzidos pelos atos por eles praticados.

Isso porque tais efeitos resultam da lei e de sua aplicação, pelos delegados da função pública, no interesse e nos exatos termos requeridos pelas partes nas relações jurídicas afetadas pelos atos dos notários e registradores e que, muitas vezes, procuraram o serviço justamente para sua obtenção. Não há, na produção regular de tais efeitos, mesmo que isso possa resultar em restrição a direitos ou em prejuízos para terceiros, uma atuação do delegado e de seus prepostos que, por falha na organização dos serviços, viesse a se caracterizar como causa dos danos.

Inexiste, nesses casos, responsabilidade administrativa ou disciplinar. Esta também não se verifica nas situações em que o registrador e o notário, de modo fundamentado e com adequada motivação, atuam em atividade qualificadora com interpretação razoável da lei, da doutrina, da jurisprudência ou de precedentes normativos administrativos, em hipóteses em que a conduta se dá de modo diverso da interpretação tida por mais correta ou adequada pelas autoridades encarregadas da regulação, fiscalização e atuação sancionatória desses agentes públicos. E ainda mais nos casos em que há modificação no entendimento dominante ou na interpretação.

Outro ponto que impõe cuidada análise é o da responsabilidade administrativa ou disciplinar do notário e do registrador por ato irregular praticado por preposto.

A Lei 8.935/1994 estabelece, no seu art. 21, que cabe ao titular da delegação o gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal da unidade de serviço notarial ou registral delegada. Dessa atribuição de organização dos serviços decorre, é evidente, o dever de organizar os serviços, estabelecer regras e rotinas de trabalho, escolher, treinar, orientar e fiscalizar seus prepostos.

Disto resulta, como há muito sustento e pelas razões já expostas neste texto, que a responsabilidade civil ou contratual do titular da delegação, fundada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, e que, a meu ver, não acolhe o que se buscou com a recente alteração da redação do art. 22 da Lei 8.935/1994, levada a efeito pela Lei 13.286/2016, se mostra presente sempre que terceiro, usuário do serviço, sofrer prejuízo imputável a falha do serviço público delegado, no âmbito de sua prestação material, sem que precise indicar em que ponto da organização técnica, da estrutura dos serviços, utilização de meios informatizados ou fiscalização dos trabalhos e do pessoal tenha se dado a causa do dano.

De pouca relevância, a meu ver e pelas razões já expostas, rotular tal responsabilidade de objetiva ou subjetiva. O que importa é fixar que esta responsabilidade patrimonial, extracontratual ou civil não se transpõe para a esfera administrativa ou disciplinar.

Aqui o que se busca, como antes referido, é a regularidade do serviço e não a retribuição de um ilícito.

Neste contexto é relevante a definição de um parâmetro jurídico para a compreensão do que o sistema da delegação admite atribuir como falta disciplinar, administrativa ou funcional, para efeitos sancionatórios à pessoa do notário ou registrador, titular da delegação, encarregado da organização de tais serviços, por falha resultante da estrutura a seu cargo, ou, ainda, por irregularidade cometida por preposto cuja conduta possa ser identificada com precisão.

Para esse fim se buscará, com dados obtidos na pesquisa de julgados proferidos na última década por órgãos jurisdicionais e administrativos do Tribunal de Justiça de São Paulo, um estudo dos argumentos utilizados para a solução das demandas disciplinares referentes a notários e registradores.

A tarefa envolve, por sua natureza, dados sensíveis, não somente quanto à pessoa dos profissionais sindicados, mas também porque se propõe um questionamento crítico e jurídico de argumentos efetivamente adotados pelas autoridades que, de algum modo, participaram das decisões utilizadas para este estudo, posto que não é tarefa acadêmica a avaliação do mérito dessas decisões, dos fatos ou das condutas dos titulares de delegação.

Esta a razão do cuidado deste autor de, tanto quanto possível, limitar-se à utilização dos argumentos manejados pelos julgadores em um ou noutro sentido, para confronto dessa argumentação com os parâmetros postos neste estudo e verificação do que conflita com o entendimento aqui defendido, assim como daquilo que o corrobora e reforça.

A tarefa tem início com a análise das argumentações expressas no julgamento, pela Egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23 de maio de 2016, do Recurso Administrativo nº 9000002-14.2015.8.26.0995, e que conta com o voto acolhido pela maioria e também declarações de votos, vencedor convergente e vencido.

A matéria envolve, a meu ver, responsabilidade do registrador por ato próprio (e não de preposto), cuja responsabilização disciplinar se deu por erro em ato de qualificação registral.

A ementa do julgado, que sintetiza o entendimento adotado pelo voto majoritário, assim dispõe quanto ao mérito:

"Qualificação negativa do título. Certidão de penhora que recaiu sobre imóvel. Documento que continha todas as informações necessárias à averbação. Erro grosseiro e inescusável do Registrador, que apenas reconheceu o equívoco na terceira oportunidade, após quase um ano da primeira apresentação. Supostos problemas com assessoria jurídica ou com seus prepostos que não afastam

a responsabilidade do Registrador. Infração disciplinar configurada. Manutenção da penalidade aplicada. Penas de repreensão anteriormente cominadas ao recorrente. Artigos 31, incisos I e V, e 32, inciso II, ambos da Lei 8.935/94. Recurso desprovido."

Fica clara, da leitura do julgado, que a responsabilidade disciplinar do registrador foi reconhecida em face de equívoco na qualificação negativa de título, a impedir a pronta averbação de penhora.

A solução conflita com o que já sustento desde a elaboração da tese defendida em 2008, trabalho publicado há quase uma década, o que me permite reiterar este posicionamento.

O erro na qualificação, com a elaboração de nota devolutiva, dá origem à suscitação de dúvida pela negativa de ato de registro ou, na esteira de antiga orientação seguida por este Estado de São Paulo, de processo administrativo (de igual teor, recebido como pedido de providências ou reclamação) dirigido ao MM. Juízo Corregedor Permanente para as hipóteses de negativa de ato de averbação.

E nesta seara se efetiva o que o direito administrativo reconhece como a autotutela, com a verificação, confirmação ou, se necessário, a correção do ato por quem, por lei, ostenta superioridade hierárquica para esse fim.

Não há, pelas razões antes expostas, espaço para punição disciplinar por erro de qualificação. A constatação de equívoco na atividade jurídica qualificadora (sem que para tanto importe, em princípio, a caracterização de erro grosseiro ou leve), não se traduz em infração de cunho disciplinar, o que se sustenta na defesa da garantia da independência jurídica do registrador para a qualificação registral.

Diversa seria a solução para hipótese em que se apresentasse prova de dolo, fraude ou má-fé imputável ao registrador, situação de que não se cogitou no caso em exame.

Mas o julgado apresenta interesse científico também pelo que constou das declarações de voto, vencedor convergente e vencido. Passo ao comentário dos argumentos expressos em cada um deles, em ordem que considera a abordagem da responsabilidade por ato próprio do titular da delegação e, em seguida, por ato de preposto.

Adotado esse critério, e mais uma vez limitado aos argumentos utilizados para o julgamento de mérito, verifico que o voto vencido aborda ambas as situações, expressas como motivos (*a*), referente ao erro de qualificação jurídica e (*b*), relativo a responsabilização objetiva por ato de terceiro. Consta do voto, quanto à qualificação jurídica:

"(*a*) o de que um suposto *erro* de qualificação jurídica, é disto que se trata no caso, *não pode atrair pena*, quando se reconheça a *liberdade jurídica* do qualificador; o notário e o registrador público são, natural e legalmente, "profissionais do direito" (*vide* art. 3° da Lei 8.935/1994) – e não funcionários públicos sujeitos a hierarquia – o, e gozam de "independência no exercício de suas atribuições" (art. 28 da mesma Lei).

Puni-los apenas porque o Juiz dos Registros não concorda com uma dada interpretação que eles tenham adotado é negar, contra legem et naturam das instituições notariais e registrais, a independência jurídica que, garantia dos registradores e notários, é, mais ainda e sobretudo, garantia da sociedade política.

Não custa lembrar que a própria egrégia Corregedoria Geral da Justiça paulista, em seu código de normas, enuncia:

"Os oficiais de Registro de Imóveis gozam de independência jurídica no exercício de suas funções e exercem essa prerrogativa quando interpretam disposição legal ou normativa. (...)" (item 9° do cap. XX das "Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo").

Como podem fruir de real independência jurídica um notário ou um registrador que recebam punição disciplinar quando exercitam o próprio de suas funções, que é qualificar fatos e normas, compreendê-los e interpretá-los?

É verdade que, nos termos da repartição competencial da Constituição de 1988, não compete às corregedorias emitir normas *substituintes da lei*, mas é de admitir que não parece de todo bem que uma dada corregedoria, a despeito de não dispor de competência legislativa, explicite um reconhecimento de liberdade jurídica e dele se afaste, adotando comportamento oposto."

O voto vencido, no motivo (a) de mérito, confirma – com a singela ressalva de que vejo na aututela estabelecida em lei para o controle interno da negativa de inscrição (registro ou averbação) estrutura organizacional com a definição de graus de autoridade que caracterizam hierarquia –, os parâmetros que busquei sustentar ao ressaltar a importância da garantia, pelo sistema de notas e de registro, da independência na atuação jurídica do titular da delegação.

Segue o voto vencido, em seu motivo (b) de mérito, com a argumentação de que:

(b) Há um segundo motivo a considerar para prover-se o recurso: o de que, em matéria de *direito disciplinar*, dada a unitariedade fundamental do direito sancionador, *não* cabe a responsabilização objetiva do registrador e do notário, menos ainda por ato de *terceiro*.

Para o caso dos autos, o próprio r. parecer de origem, em que se apoiou a venerável decisão sub examine, assevera que a *qualificação negativa* do título proveio de *terceiro*, preposto do ora recorrente.

No âmbito da responsabilidade civil, há regra expressa prevendo que o notário e o registrador respondam pelos atos de seus *prepostos* (art. 22 da Lei 8.935/1994), mas, agora com o texto da Lei 13.286/2016 (de 10.05), desde que haja prova de uma das modalidades de culpa *lato sensu*.

Além de não haver, contudo, regra *legal* símile quanto à responsabilidade *disciplinar*, se ela houvera, maltrataria o princípio da *imputatio* moral das condutas na esfera penal: *nulla iniuria et nulla poena*, *sine actione culpaque propria*. Ainda uma vez é de invocar a vigente Constituição Federal, que, no inciso XLV de seu art. 5°, dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", não se justificando que, ao reconhecer expressamente a culpa de *terceiro*, diversa pessoa seja afligida pela pena. Trata-se aqui de direito penal disciplinar e não de direito civil."

Com a ressalva de que:

"5. Restaria, é certo, a possibilidade de imputar-se ao aqui recorrente *culpae* in elegendo vel in vigilando, mas nenhuma delas lhe foi atribuída, e condená-lo com apoio nelas seria agora afrontar o direito de defesa e de contraditório e ofender o devido processo legal."

Anota-se, neste ponto, a peculiaridade de que as duas declarações de voto, diferentemente do voto da Relatora que cuida especificamente da responsabilidade do titular da delegação por ato próprio, tratam da responsabilidade do registrador por ato de preposto.

Não vejo, entretanto, na hipótese de erro de qualificação com a recusa de averbação situação que pudesse configurar ato de terceiro, ou ato de preposto. A qualificação é o traço de maior relevo na função notarial e de registro, razão pela qual todo ato que configure essa intervenção jurídica que justifica a atribuição de seu exercício a pessoa física, profissional de direito, configura ato do titular da delegação, tenha este se valido, ou não, do assessoramento de prepostos.

Há sempre, nesta atuação jurídica, indeclinável dever de ciência e fiscalização que o titular da delegação não pode deixar de, pessoalmente exercer. Mesmo nas situações em que, na forma da lei, a execução da tarefa for autorizada a preposto, há de se estabelecer forma de que seja efetuado, pelo titular da delegação o controle, que abrange supervisão, conferência e tutela de tudo o que envolva qualificação, mesmo que isto se efetive em momento posterior, a requerimento do interessado ou de ofício.

Com essa ressalva, de que a hipótese, a meu ver, era de ato próprio do registrador, trago para confronto as considerações feitas, neste artigo, ao questionar a rotulagem de responsabilidade objetiva ou subjetiva, para reafirmar o entendimento de que de que não se deva transportar para o âmbito administrativo (disciplinar), mais aproximado da esfera penal, o tratamento a ser dado para a responsabilidade civil (extracontratual).

Também a declaração de voto convergente, vencedor, refere-se a responsabilidade por ato de preposto. O voto é de peculiar valia por expressar, de modo consistente e conciso, recente reformulação na orientação adotada pelo Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos:

"De imediato, anoto que, tendo integrado o Órgão Especial por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 0002389-07.2013.8.26.0000, voltando a analisar o tema nesta oportunidade, reformulei meu pensamento a respeito.

Com a devida vênia, entendo que a orientação adotada em mais recentes julgamentos do Colendo Órgão Especial desta Corte é a que melhor retrata o espírito da lei que disciplina a matéria aqui discutida.

Reporto-me, assim, aos Acórdãos lavrados por ocasião dos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 2207878-70.2014.8.26.0000 (julgado em 27 de maio de 2015, sendo Relator o preclaro Desembargador João Saletti) e nº 2225875-32.2015.8.26.0000 (julgado em 04 de maio de 2016, sendo relator o eminente Desembargador Antonio Carlos Villen).

Em ambos, à unanimidade, o Colendo Órgão Especial, reformulando a orientação adotada por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 0002389-07.2013.8.26.0000 (acima mencionado), reconheceu a responsabilidade objetiva dos tabeliães (por atos de seus prepostos)."

Esta nova orientação, que passou a ser adotada pelo Colendo Órgão Especial, conflita, igualmente, com o entendimento doutrinário que busquei expor no presente trabalho, especialmente por trazer para a esfera disciplinar, administrativa sancionatória, regramento destinado a orientar a responsabilidade civil ou extracontratual.

Já referidos, no voto vencedor convergente, os julgados mais significativos para o estudo da alteração da orientação dos julgamentos, recorto da fundamentação do v. Acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 2225875-32.2015.8.26.0000 o seguinte trecho, com destaques que não constam do original, mas que serão úteis para a discussão a seguir:

"O Corregedor Geral de Justiça acolheu parecer do Juiz Assessor Gabriel Pires de Campos Sormani e negou provimento ao recurso interposto pelo impetrante contra a sentença que lhe aplicou a pena de multa no valor de R\$ 10.000,00, por ter sido lavrado em seu tabelionato instrumento de procuração cuja outorgante é portadora de deficiência mental e absolutamente incapaz para os atos da vida civil. Em sua fundamentação consignou que, em que pese não ter praticado o ato, a responsabilidade do impetrante foi reconhecida porque na qualidade de Tabelião tem o dever de orientar e fiscalizar seus prepostos. Constatada a ilegalidade na lavratura da procuração subscrita pelo Tabelião substituto, fato esse incontroverso, entendeu a autoridade coatora que ficou configurada a culpa do impetrante, a justificar a aplicação da pena, nos termos do art. 33, II, da Lei 8.935/1994.

Tal orientação está de acordo com o disposto no art. 21, da Lei 8.935/1994, que prevê que "O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços".

Em consonância com tal dispositivo, o Tabelião tem o dever funcional de fiscalizar seus funcionários. Por isso a ilegal lavratura de instrumento de mandato por um de seus prepostos caracteriza falta própria, pelo descumprimento do dever de fiscalizar, a ensejar a aplicação de pena, nos termos do art. 33, da Lei 8.935/1994. Frise-se, a simples prática de ato ilegal por um dos prepostos no exercício de suas funções implica responsabilidade funcional do Tabelião, em razão, reitere-se, do dever de fiscalizar. E a ilicitude, no caso dos autos, ficou incontroversa.

Saliente-se que tal entendimento é o único compatível com o dever de fiscalizar. Orientação diversa estimularia, ao contrário, o seu descumprimento, pois bastaria a ausência do notário para eximir-se de falta praticada por qualquer de seus empregados."

Descrita a conduta no primeiro parágrafo ora transcrito, e sem que se busque neste trabalho doutrinário uma reavaliação do mérito dos julgados, limitada a análise à argumentação utilizada na fundamentação dos julgamentos, há convergência com o que sustento ao reconhecer o julgador que, em tese tem o tabelião o dever funcional de fiscalizar os seus prepostos e os atos por estes praticados, passível de sancionamento administrativo (ou disciplinar), por falta própria, nos casos em que se verificar o descumprimento do dever de fiscalização ou controle (supervisão, conferência e tutela).

Disso não resulta, no entanto e com a devida vênia, a assertiva de que: "...a simples prática de ato ilegal por um dos prepostos no exercício de suas funções

implica responsabilidade funcional do Tabelião, em razão, reitere-se, do dever de fiscalizar. E a ilicitude, no caso dos autos, ficou incontroversa. Saliente-se que tal entendimento é o único compatível com o dever de fiscalizar. Orientação diversa estimularia, ao contrário, o seu descumprimento, pois bastaria a ausência do notário para eximir-se de falta praticada por qualquer de seus empregados."

É esta orientação, que poderia ser classificada como responsabilidade objetiva do registrador e do notário por ato de preposto, que demanda, como antes expresso, a fixação de um parâmetro jurídico seguro para a compreensão do que o sistema da delegação admite atribuir como falta disciplinar, administrativa ou funcional, para efeitos sancionatórios à pessoa do notário ou registrador, titular da delegação, encarregado da organização de tais serviços, por falha resultante da estrutura a seu cargo, ou, ainda, por irregularidade cometida por preposto cuja conduta possa ser identificada com precisão.

E creio que esse parâmetro já fora definido pela Corregedoria Geral de Justiça, na decisão proferida pelo Des. Maurício Vidigal no Processo nº 2011/103282, em 3 de novembro 2011, fundada na verificação da evitabilidade ou não do fato, nos seguintes termos:

"Não há dúvidas quanto à ocorrência do fato, ou seja, a inclusão do número do cadastro de pessoa física na Receita Federal do declarante como se fosse do falecido, quando do registro de óbito, redundando na expedição da respectiva certidão com erro, o que foi corrigido posteriormente (cf. docs. de fls. 54, 56 e 59).

Também é certa a prática do ato por funcionária da serventia extrajudicial, quando a processada era responsável pelo gerenciamento administrativo da unidade em conformidade a Delegação da qual era titular (v. interrogatório de fls. 78).

Como é cediço, o direito administrativo sancionador exige a presença de culpabilidade do sujeito para caracterização da infração administrativa.

No caso em julgamento, é fundamental a seguinte indagação: seria possível à processada evitar o equívoco havido? Haveria algum meio de evitar o erro praticado por eventual falta de concentração da serventuária que realizou o ato?

Nada há nos autos indicativo da falta de qualificação da funcionária que efetuou o registro com erro ou ausência de orientação da parte da Titular da Delegação; pelo contrário, aquela foi alçada à condição de interventora em razão do afastamento da recorrente por força de outro processo administrativo disciplinar.

Diante disso, é cabível concluir que o fato, apesar de não desejável, caracteriza-se como inevitável em relação à processada. Fábio Medina Osório (Direito administrativo sancionador. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 353-354), assevera a respeito:

Se uma infração disciplinar é, in concreto, inevitável, qual o fundamento para a suposta atividade corretiva do Estado? Corrigir o quê? Se a ação ilícita era, por qualquer outro motivo, inevitável, como punir o infrator, se a ideia é reeducar no âmbito das sanções disciplinares? Se este raciocínio é aplicável até mesmo ao campo disciplinar, o mais rígido de todos, onde o Estado mantém vínculos de relação especial de sujeição com o infrator, o que se dirá de outro domínios?

Evitabilidade do fato é, portanto, o fundamento mais próximo da exigência de culpabilidade. O sujeito deve possuir a chance, a oportunidade de evitar o fato ilícito. A ameaça da pena quer evitar o fato. Por um princípio de justiça, se a ameaça é incapaz de gerar uma potencial evitabilidade do fato, não há culpabilidade, inexiste fundamento subjetivo para a punição do comportamento humano, direto ou indireto, materializado por pessoas físicas ou jurídicas.

Em razão da natureza inevitável do ato, não havia comportamento a ser exigido da processada; por conseguinte está configurada a exclusão da sua culpabilidade com a consequente impossibilidade da aplicação de pena disciplinar.

Desse modo, compete a absolvição da recorrente.

Por fim, apenas ressalto a independência da esfera administrativa e civil, cujos regramentos são diversos, de forma que a presente decisão não tem reflexos na ação de responsabilidade civil por danos morais e materiais em curso relativamente aos fatos."

Creio que esta solução define exata medida para a aplicação de um Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador) voltado à regularidade do serviço e não à retribuição de um ilícito.

E trago, por fim e com o intuito de indicar novo elemento de contribuição para um debate que se mostra aberto e atual, trecho de julgado recente, na Apelação 0003476.2014.8.26.0575, da 2ª Câmara de Direito Público, de 13 de setembro de 2016, que em ação de improbidade administrativa abordou com acuidade a responsabilidade de tabelião por ato de preposto:

Por outro lado, com relação ao réu R.A.M., não se vislumbra a prática de ato de improbidade administrativa, principalmente por ausência de elemento subjetivo.

Conforme alegou o réu R., em apelação, "as falsificações das guias de ITBI pelo correquerido M. não tinham como ser identificadas e prevenidas pelo apelante, pois se tratando de crime de natureza sutil, resultado de ardil e simulação, qual-

quer pessoa poderia ser vítima desse tipo de ação, como de simples aferição. Veja-se que o próprio Cartório de Registro de Imóveis não detectou a fraude, durante vários anos, nem a Prefeitura, que tinha controle de senhas para emissão dessas guias" (fls. 1446).

As fraudes não eram facilmente constatáveis por simples fiscalização de rotina, pois se revestiam de aparente legalidade. O réu M. recebia o valor dos interessados, emitia regularmente as guias de ITBI pelo sistema eletrônico do Município e, apenas em momento posterior, requeria seu cancelamento, apropriando-se indevidamente das importâncias. Não há que se falar em culpa *in eligendo*, que resulta de má escolha do preposto. Esta modalidade se caracteriza, em termos práticos, em verdadeira "crônica de uma morte anunciada", ou seja, quando a insuficiência técnica ou a não confiabilidade do preposto eram perceptíveis, e ainda assim, o superior o manteve no ofício.

O réu M.B. era escrevente admitido por concurso público e submetido a regime estatutário, desde 1988 (fls. 258). Logo, era evidente sua capacidade para o desempenho das funções (que, até então, vinha realizando bem, visto que não se tem notícias de outras infrações administrativas, penais ou civis). Sua nomeação não se deu com o propósito escuso.

Do mesmo modo, não se vislumbra ocorrência de culpa *in vigilando*, que ocorre quando o superior se omite no dever de vigilância ou de adoção de providências que lhe incumbam, relativas aos atos de seus subordinados.

A conduta que leva à culpa *in vigilando*, naturalmente, apura-se depois de ocorrida a irregularidade. Mas o que se deve perquirir é se a omissão ou deficiência no dever de supervisão era tal que permitiria antever a possibilidade de prática não detectada de ilícitos. Não é pelo olhar retrospectivo, depois de apurado o ilícito, e analisado o modo pelo qual poderia ter sido evitado, que a culpa *in vigilando* deve ser apurada. O dever de vigilância não significa dever de onisciência. Do contrário, o exercício de qualquer atividade por meio de uma estrutura hierárquica ficaria inviabilizado, e só restariam as atividades exercidas pessoalmente.

Não é este o caso dos autos.

O réu R. M. assim que soube dos fatos imputados a M., por ocasião da instauração do incidente de "pedido de providência", mostrou-se surpreso (fls. 253-254), promoveu o afastamento do escrevente e colaborou com as investigações do Ministério Público e da autoridade policial.

A violação a dever funcional de "fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar" (art. 30, XI, da Lei 8.935/1994) se restringe à esfera administrativa, passível de punição pela col. Corregedoria-

-Geral de Justiça. Na esteira do que decidiu o eg. STJ, "A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva (...). Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja in vigilando, seja in comittendo, seja in omittendo, seja in custodiendo, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11, conforme orienta a doutrina" (REsp 1530234/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

Assim, de rigor a reforma da sentença quanto a R.A. M."

### 5. Conclusão

A responsabilidade administrativa (ou disciplinar) de notários e registradores, por ato próprio ou por ato de seus prepostos, tem por premissa necessária a garantia de sua independência jurídica como pressuposto para o exercício da função qualificadora.

E o chamado Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador) volta-se à regularidade do serviço e não à retribuição de um ilícito.

Na abordagem da responsabilidade administrativa ou disciplinar que a modelagem constitucional dessa singular forma de descentralização administrativa por colaboração deve considerar e distinguir, a atuação desses profissionais decorrente do gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal da correspondente unidade (do que resulta o oferecimento aos usuários de um serviço que em nada difere dos demais prestados pelos órgãos e entes que integram a Administração, direta e indireta); e sua atuação jurídica (que não se confunde com nenhuma outra atividade estatal e demanda independência para o juízo prudencial de qualificação).

Nada justifica, em face de atribuições de caráter material e no âmbito da responsabilidade extracontratual ou civil, um tratamento legal referente à responsabilidade pelos danos resultantes do mau funcionamento do serviço diverso daquele estabelecido para os demais órgãos e entes da Administração pública, direta e indireta, dentre estes os que, também por delegação, exercem serviço público, o que não se transporta (assim como não se dá para a responsabilização penal) para a atividade sancionatória administrativa ou disciplinar.

Mas o que realmente dificulta o estudo da responsabilização extracontratual dos notários registradores, e que se apresenta ainda mais relevante na abordagem da responsabilidade administrativa ou disciplinar, não é a prévia rotulagem de uma responsabilidade de natureza objetiva ou subjetiva.

É o fato de que ao lado dessa atividade material exercem os delegados da fé pública atividade jurídica.

Essa atuação jurídica, que deve ser definida como resultante de ato próprio do titular da delegação, não se confunde com nenhuma outra atividade estatal e demanda independência para o juízo prudencial de qualificação. Dela resultam relevantes efeitos nos direitos e interesses de terceiros, os quais se potencializam em um mundo cada vez mais complexo e globalizado, com novos conceitos relativos à publicidade e privacidade e o surgimento de novas modalidades de negócios jurídicos e de novas formas de sua instrumentalização.

Seu exercício regular não importa, sem que haja demonstração de nexo de causalidade entre a ocorrência de danos e falha na atuação dos notários e registradores, pelos efeitos regulares produzidos pelos atos por eles praticados.

Inexiste, nesses casos, responsabilidade administrativa ou disciplinar.

Esta também não se verifica nas situações em que o registrador e o notário, de modo fundamentado e com adequada motivação, atuam em atividade qualificadora com interpretação razoável da lei, da doutrina, da jurisprudência ou de precedentes normativos administrativos, em hipóteses em que a conduta se dá de modo diverso da interpretação tida por mais correta ou adequada pelas autoridades encarregadas da regulação, fiscalização e atuação sancionatória desses agentes públicos. E ainda mais nos casos em que há modificação no entendimento dominante ou na interpretação.

Também com relação à responsabilidade administrativa ou disciplinar do notário e do registrador por ato irregular praticado por preposto creio ser de pouca relevância sua caracterização como objetiva ou subjetiva. O que importa é fixar que esta responsabilidade patrimonial, extracontratual ou civil não se transpõe para a esfera administrativa ou disciplinar, pois se busca, neste âmbito, a regularidade do serviço e não a retribuição de um ilícito.

Neste contexto é relevante a definição de um parâmetro jurídico para a compreensão do que o sistema da delegação admite atribuir como falta disciplinar, administrativa ou funcional, para efeitos sancionatórios à pessoa do notário ou registrador, titular da delegação, encarregado da organização de tais serviços, por falha resultante da estrutura a seu cargo, ou, ainda, por irregularidade cometida por preposto cuja conduta possa ser identificada com precisão.

Esse parâmetro pode ser definido a partir da análise e verificação da evitabilidade ou não do fato, solução útil para fixar exata medida para adequada aplicação de um Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador).

A questão é atual e permanece em aberto, razão pela qual se espera que as ideias aqui lançadas possam, de algum modo, contribuir para o debate, intuito único deste trabalho.

### 6. Referências bibliográficas

- DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. *Revista de Direito Imobiliário n. 42*, set./dez. de 1997. São Paulo: Ed. RT.
- GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.
- MEDEL, Jesus Lopez. *Teoria del registro de la propiedad como servicio publico*. Madrid. Centro de Estúdios Registrales, 3.ª ed., reimpressa. 1991.
- NUÑES, Celestino Pardo. La agencia del servicio registral: notários o registradores? *Boletin del Colegio de Registradores (España)*.
- PARADA, Ramón. Derecho administrativo II organización y empleo público. 17. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- \_\_\_\_\_. Los registradores de la propiedad (a propósito de la presentación del libro *Práctica hipotecaria*). *La calificación registral*. Madrid: Civitas, 1996, Tomo I.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Regulação da Função Pública Notarial e de Registro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. A independência jurídica do notário e do conservador. *Cadernos do CENoR Centro de Estudos Notariais e Registais*, *Vol. I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_. Formação profissional de notários, registradores e de seus prepostos: dever do Estado e direito subjetivo público. *Direito e administração pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro.* Floriano de Azevedo Marques Neto e outros (coord.). São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_\_. Qualificação registral imobiliária e a independência jurídica do registrador. In: GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (Coord). *Direito Imobiliário Brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. *In:* DIP, Ricardo (Coord.) *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Direito disciplinário?. In: BAUTISTA CELY, Martha Lucia; SILVEIRA, Raquel Dias da (Coord.). Direito Disciplinário Internacional: estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle responsabilidade da função pública, Belo Horizonte: Fórum, 2011, vol. 1, t. I.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, de Renato Luís Benucci *RDI* 74/239-263 (DTR\2013\3824); e
- Tabelião Responsabilidade pelos atos de seus auxiliares Limites, de Plinio Barreto Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil 4/1203-1207 e Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/1279 (DTR\2012\972).

# Doutrina Internacional



# A INFORMAÇÃO CONTIDA NO REGISTO PREDIAL ELETRÓNICO: OS DADOS PESSOAIS. RECOLHA, USO E LIMITAÇÕES À LUZ DA PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

The information contained in the electronic land registry: personal data.

Collecting, use and limitations analyzed from the point of view of the right of privacy in the portuguese legal system

#### MADALENA TEIXEIRA

Conservadora do Registo Predial e Vogal do Conselho Consultivo Técnico do IRN, I.P. mmrteixeira@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: No presente artigo, a autora defende que o registro predial é um sistema de informação, cuja função essencial é a recolha e a organização de um conjunto de dados pertinentes à situação jurídica dos prédios e de sua publicitação, considerando a segurança do comércio jurídico imobiliário. Discorre acerca do registro predial eletrônico e afirma, no decorrer do trabalho, sobre a necessidade de balanceamento entre a vocação de publicidade do registro predial e o direito à privacidade e à autodeterminação informativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro predial eletrônico – Sistema de informação – Publicidade – Privacidade – Direito português.

ABSTRACT: In this article, the author defends that the land registry is an information system, whose essential function is the collection and organization of a set of relevant data about the legal status of real estate properties and their publication, considering the legal security of real estate commercial transactions. Discusses electronic land registration and claims, in the course of work, about the need for balance between the vocation for giving publicity to the information that the land registry has and the rights to privacy and to informational self-determination.

**K**EYWORDS: Electronic land registry – Information system – Publicity principle – Privacy – Portuguese law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A publicidade registal. 2.1. Os dados recolhidos no âmbito da atividade registal. 3. O registo eletrónico. 3.1. Os suportes documentais eletrónicos. 3.2. As refrações do meio eletrónico na atividade registal. 4. O valor da informação registal em suporte eletrónico. 4.1. O valor para o mercado e indústria da informação. 4.2. A partiha de informação em nome da eficiência. 5. O acesso aberto à informação. 5.1. A liberdade de acesso à informação administrativa. 5.2. A liberdade de acesso à informação registal. 6. A era das "tecnologias brilhantes" e o direito à privacidade. 6.1. Da privacidade no direito português. 7. O direito à autodeterminação informativa. 8. O equilíbrio necessário entre o direito à informação registal e o direito à privacidade e à autodeterminação informativa. 8.1. Da conciliação entre publicidade e privacidade. 8.2. Da proteção dos dados pessoais. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

### 1. Introdução

No¹ presente estado de desenvolvimento e uso das tecnologias da informação e da comunicação, torna-se comum dizer que a informação é a fonte de todas as fontes, ou que a informação constitui a principal fonte de riqueza ou recurso estratégico.

Ora, se tomarmos o conceito de *informação* no seu duplo sentido etimológico, de produção de informação e de comunicação ou transmissão de conhecimento, facilmente se conclui que o registo predial é antes de mais um *sistema de informação*. A função essencial do registo predial radica precisamente na recolha e organização de um conjunto de dados pertinentes à situação jurídica dos prédios e na sua publicitação ou divulgação a terceiros, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.

Em plena "sociedade da informação", <sup>2</sup> sucede que também o registo predial sofre a vis atractiva da tecnologia. À medida que a maturidade eletrónica do registo predial se desenvolve e a informação se agrega em bases de dados mais ou menos sofisticadas, aumentam as potencialidades de recolha, organização, utilização e circulação dessa informação, dando-se, assim, uma mudança de escala, de ritmo ou de estrutura nos assuntos registais.

Além da mudança de paradigma que gradualmente se vai instalando ao nível da relação de conhecimento, da noção de *tempo* e de *espaço*, e da própria conceção e abrangência da atividade registal, a informação emerge com valor económico reforçado e torna-se ainda mais apetecível enquanto valor "*autóno-mo e anterior aos serviços de que constitui objeto*".<sup>3</sup>

A coberto das potencialidades das novas tecnologias da informação e da comunicação postas ao serviço do registo predial, recrudesce igualmente um conceito de serviço público transversal e *eficiente*, alicerçado na partilha da

Trabalho apresentado no XX Congresso do Cinder, no Dubai, de 22 a 24 de fevereiro de 2016.

<sup>2.</sup> Para ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87, "sociedade da informação" não é um conceito técnico, mas um "slogan", porquanto o que se pretende impulsionar é a comunicação. Por isso, melhor se falaria em "sociedade da comunicação".

<sup>3.</sup> Como sublinha GONÇALVES, Maria Eduarda, *Direito da informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 41, na era digital, a informação adquire realidade própria, passando a afirmar-se como valor económico e a ser considerada como um bem em si mesma.

informação entre entidades públicas, na formatação de dados e na eliminação das redundâncias de informação.

Importa, no entanto, não perder o foco, sobretudo quando a *marca tecnológica* incide sobre os dados das pessoas singulares e a circulação da informação colide com o valor pessoal do indivíduo, o qual não pode ser transformado em "objeto de informações", <sup>4</sup> nem pode ficar "completamente exposto e transparente pela acumulação de informações, nomeadamente, sobre a sua vida privada". <sup>5</sup>

É precisamente esta tensão entre o direito à informação registal e o direito ao controlo da informação sobre a vida privada que constitui o móbil principal deste texto e que guia o propósito de se encontrar, no corpo de normas que compõem o ordenamento jurídico português e que versam sobre estas matérias, o balanceamento necessário entre a vocação de publicidade do registo predial e o direito à *privacidade* e à *autodeterminação informativa*.

## 2. A PUBLICIDADE REGISTAL

De acordo com o art. 1.º do Código do Registo Predial (CRP), o registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.<sup>6</sup>

<sup>4.</sup> A expressão é usada por CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I., 4. ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 551.

<sup>5.</sup> Resolução 428, de 23 de janeiro de 1970, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, disponível em: [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=15842&lang=en].

<sup>6.</sup> Dando conta das características da publicidade registal como publicidade jurídica com especificidades, que tem por objeto principal situações jurídico-reais, por serem as que, em geral, estão dotadas de eficácia *erga omnes*; que gera cognoscibilidade geral de forma continuada ou permanente através de suportes adequados; e que tem por finalidade, de um lado, a eliminação de assimetrias de informação, a garantia da segurança jurídica dos direitos, a proteção do comércio jurídico, a facilitação do crédito e a agilização das transações imobiliárias, e, do outro, a prevenção da usura, da fraude e do litígio sobre questões jurídico-imobiliárias, através da produção de um conjunto de efeitos jurídicos substantivos, JARDIM, Mónica. *Efeitos substantivos do Registo Predial*. Teses, Coimbra: Almedina, 2013., p. 44-45, e MENDES, Isabel Pereira. *O registo predial e a segurança jurídica nos negócios imobiliários*, Estudos sobre Registo Predial. Coimbra: Almedina, 2003.

A vocação do registo predial é, assim, a de divulgação de um conjunto de realidades jurídico-reais, que têm por referência ou base comum uma porção delimitada de território objeto de domínio privado, com uma intenção específica de dar a conhecer a situação jurídica do prédio, ou de tornar essa informação cognoscível por quem quer que nela tenha interesse.<sup>7</sup>

A informação recolhida no âmbito da atividade registal, por definição, é pois uma informação comunicável, posto que se destina essencialmente a tornar cognoscível por terceiros certos factos jurídicos que estes à partida desconhecem, por neles não terem participado, e permitir que, com base no conhecimento desses factos, se possa extrair uma conclusão acerca da situação jurídica do prédio.<sup>8</sup>

Para o efeito, há que mobilizar os meios técnicos adequados, de modo a que os factos jurídicos se apresentem em referência recíproca, atestando, no seu todo, a situação jurídica do prédio; há que interpor, como ato prévio à difusão do conhecimento, um juízo de legalidade sobre o valor dos factos jurídicos a inscrever; há que recolher os dados reais e pessoais que compõem a informação registal; e há que materializar essa informação em suportes duradouros, tudo de acordo com um conjunto articulado de princípios, de normas substantivas e de regras procedimentais que dão corpo ao sistema de registo predial português e que concretizam o objetivo de garantia da segurança jurídica dos direitos e de proteção do tráfico imobiliário, que é transversal a todos os sistemas de registo.<sup>9</sup>

<sup>7.</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Publicidade e teoria dos registos. Coimbra: Almedina, 1966, p. 47-51, caracteriza a publicidade registal, por distinção da publicidade espontânea e da publicidade provada, como a forma de publicidade que, para além da vocação de conhecimento pelo público, reúne ainda a intenção específica de dar a conhecer, uma elaboração técnica apurada e a produção de efeitos específicos.

<sup>8.</sup> A designação de "terceiros" é aqui utilizada em sentido genérico, querendo significar todos aqueles que não participaram nos atos jurídicos sujeitos a registo e a quem o conhecimento da situação jurídica dos prédios interessa. Nos mesmos termos, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4. ed. rev. e at., Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 86-87.

<sup>9.</sup> Destacamos como características essenciais deste sistema articulado de princípios, de normas substantivas e de regras procedimentais, através do qual o registo predial português cumpre a sua função de publicidade e concretiza um bloco de efeitos jurídicosubstantivos:

A base ou fólio real, onde a descrição do prédio é o quid em torno do qual se organiza toda a informação jurídica (art. 1.º do CRP);

## 2.1. Os dados recolhidos no âmbito da atividade registal

Para que a informação possa ser corretamente apreendida e compreendida pelo seu destinatário, facultando o conhecimento acerca da situação jurídica do prédio, não basta, portanto, que se proceda à mera transcrição dos factos jurídicos ou à divulgação dos dados respetivos em estado "bruto". Para que esse desiderato de conhecimento ou de "saber" sobre a situação jurídica do prédio possa ser alcançado, é realmente necessário que a informação passe por um processo de recolha e tratamento de dados, e se organize em suportes passíveis de alteração, de reprodução e de circulação, segundo um esquema organizado de publicidade definido na lei. 10

A obrigatoriedade do registo, a pedido dos interessados, como forma de potenciar a coincidência entre a realidade substantiva e a realidade representada pelo registo (art. 8.º-A do CRP);

<sup>–</sup> O travejamento numa ordem de princípios, onde pontuam o *princípio da priorida-de*, que designa a ordem de prevalência de cada um dos factos jurídicos inscritos; o *princípio da legitimação de direitos*, que exige a inscrição do direito a transmitir ou a onerar em nome do transmitente ou de quem constitui o encargo sobre o prédio; o *princípio do trato sucessivo*, que acautela o encadeamento dos factos jurídicos sujeitos a registo; e o *princípio da legalidade*, que impõe a verificação da validade formal e substantiva dos títulos como condição para o acesso ao registo (arts. 6.°, 9.°, 34.° e 68.° do CRP);

<sup>–</sup> A filiação nos sistemas de título, com uma função declarativa ou consolidativa (arts. 4.º e 5.º do CRP), querendo significar que, salvo em relação à hipoteca, o registo não é condição para que se opere a transmissão, a modificação ou a extinção dos direitos, mas é condição de oponibilidade do efeito translativo, modificativo ou extintivo desses direitos em face de certos terceiros;

<sup>–</sup> E a consagração de uma presunção *iuris tantum*, em benefício do titular inscrito, de que o direito publicitado existe e lhe pertence nos precisos termos em que o registo o define, devolvendo-se, a quem quiser invocar o contrário, o ónus da prova (art. 7.º do CRP).

Numa perspetiva funcional, acresce ainda, como traço distintivo do sistema de registo predial português, o facto de a função de publicidade atribuída ao registo ser assegurada por unidades orgânicas integradas na estrutura do Estado, com competência para a prática de todos os atos de registo, seja qual for a área de localização do prédio, que atuam sob direção de um técnico especializado (o conservador), a quem se exige requisitos mínimos de acesso à carreira, que passam pela curso de licenciatura em Direito e por uma especialização na área dos registos e do notariado, e a quem cabe desenvolver a atividade registal segundo critérios de estrita legalidade, com autonomia funcional e com independência e imparcialidade semelhantes à do poder judicial.

Nas palavras de GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da informação..., cit., p. 17, o conceito de informação implica, em rigor, um estado de consciência sobre os factos

Sendo o registo predial português um sistema de fólio real, o elemento de conexão é o prédio, com os carateres que o individualizam e distinguem dos demais, e o descrevem como objeto de direitos ou *coisa jurídica*, logo, o primeiro grupo de dados que importa dar a conhecer são os que diretamente versam sobre a *natureza*, *localização*, *composição*, *finalidade económica* e *situação fiscal* do prédio.<sup>11</sup>

Depois, porque conhecer a situação jurídica do prédio é conhecer os direitos, os ónus e os encargos que sobre ele impendem tendo por eixo ou matriz o direito de propriedade, como direito omnímodo e esgotante de todos os poderes ou faculdades que, em abstrato, podem ser exercidos sobre aquela coisa jurídica, <sup>12</sup> importa, naturalmente, trazer para o registo os dados de identificação dos sujeitos ativos desses direitos, ónus ou encargos, recolhendo, desde logo, os elementos que permitem caracterizar a titularidade e definir o estatuto patrimonial dos referidos bens.

Com efeito, publicitar a situação jurídica do prédio é, antes de mais, dizer a quem contacta o registo predial a fim de, com base na informação por ele prestada, ordenar as suas relações jurídicas, quais os direitos registados sobre aquela porção delimitada do território, identificada como prédio ou objeto de direitos privados, e *quem são os seus titulares*.

ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de caráter intelectual, antes de mais) que permita passar da informação imanente (dos factos ou dos dados brutos) à sua perceção e entendimento, demandando, normalmente, a sua recolha, tratamento e organização.

<sup>11.</sup> Notamos que, em regra, os dados relativos à identificação do prédio são essencialmente recolhidos das declarações dos interessados, sem que se verifique, portanto, uma acreditação da existência material do prédio por parte de qualquer entidade oficial com competência para a validação da informação predial. Por isso, a jurisprudência vem sendo unânime no sentido de que a presunção de exatidão e de verdade derivada do registo não abrange a descrição do prédio.

Sobre o tema, cfr. TEIXEIRA, Madalena. *A relevância do cadastro para o registo predial*, disponível em: [www.aml.pt/atividades-metropolitanas/seminarios-conferencias/seminario-cadastro/].

<sup>12.</sup> Sobre a conceção do direito de propriedade à luz do Direito Português em vigor, a modelação que este direito real, máximo e paradigmático, foi recebendo através dos tempos e os limites, com relevância registal, que lhe foram sendo permitidos e ou impostos tanto no Código Civil como em legislação avulsa, TEIXEIRA, Madalena. *As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito Português*, Direito Imobiliário Brasileiro, AA.VV., São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011., p. 269-284.

Tal vocação de publicidade reclama, naturalmente, a recolha de um conjunto de dados que permita distinguir não só o objeto, mas também os sujeitos dos direitos inscritos, envolvendo, no caso das pessoas singulares, a recolha do seu nome completo, da residência, do número de identificação fiscal, do estado civil e, sendo casadas, do nome do cônjuge e do regime de bens do casamento, aqui como forma de patentear no registo a esfera patrimonial, própria ou comum, a que o direito inscrito pertence (art. 93.º do CRP).

Para além da recolha destes *dados pessoais* relativos aos sujeitos do registo, os quais, normalmente, figuram no extrato de cada uma das inscrições que integram a publicidade registal, são recolhidos, para *tratamento automatizado*, os *dados pessoais* do mesmo tipo relativos às pessoas que formulam o pedido de registo, e que podem ser diversas dos sujeitos da relação jurídico-real sujeita a registo (art. 36.º do CRP), bem como o número do seu documento de identificação ou cédula profissional, e, quando disponível, o seu número de identificação bancária (art. 108.º/2 do CRP).<sup>13</sup>

#### O REGISTO ELETRÓNICO

Antes da aplicação intensiva das novas tecnologias da informação e da comunicação na "vida dos registos", todos esses dados, reais e pessoais, costumavam ser tratados de forma manual, através do seu registo em livros físicos ou em fichas de papel, uma por cada prédio ou porção delimitada de território, e usavam ser divulgados em suporte da mesma natureza, servindo de auxiliar à localização da informação registal em arquivo os ficheiros reais e pessoais, organizados em suportes físicos, de manuseamento e acesso direto limitado aos funcionários do serviço onde estavam depositados, tudo sob responsabilidade do dirigente do serviço, ou seja, o conservador.

# 3.1. Os suportes documentais eletrónicos

Com o plano tecnológico introduzido no decurso do ano de 2005, o intuito de desmaterialização do registo predial alastrou, antes de mais, aos suportes documentais. Para além de um *diário eletrónico*, que permite a anotação cro-

<sup>13.</sup> A recolha destes dados, não sendo necessária à concreta publicitação dos factos jurídicos que integram a situação jurídica do prédio, colabora, ainda assim, na prossecução das finalidades do registo predial, na medida em que permite criar um perfil do apresentante, disponível para todos os pedidos a efetuar com referência àquele prédio ou a outros, bem como agilizar os procedimentos contabilísticos.

nológica dos pedidos de registo formulados através de sítio na *Internet*, a qualquer hora e em qualquer dia da semana, e das *fichas de registo*, estruturadas de acordo com os dados de identificação dos prédios e com os requisitos gerais e especiais legalmente exigidos para cada um dos atos jurídicos correspondentes, o sistema eletrónico de informação do registo predial (SIRP) incorporou um conjunto de *funcionalidades diversas*, que, no seu todo, completam o ciclo de tarefas de receção, produção, organização, arquivo e divulgação da informação registal.

Ao invés da mera replicação eletrónica da ficha em suporte de papel e da adoção de ficheiros simples (*flat files*), optou-se pela implementação de *sistemas informáticos integrados* e pela manutenção da informação registal em *bases de dados relacionais centralizadas*, alicerçadas em infraestruturas e recursos tecnológicos pertencentes ao Ministério da Justiça, aptos para o *tratamento automatizado* dos dados recolhidos no âmbito da atividade registal e com capacidade para suportar acessos descentralizados, oriundos dos diversos serviços de registo.

O acesso interno à informação registal passou então a ser feito a partir de um *browser* de *Internet* e de um endereço fornecido pela entidade gestora da base de dados, segundo um esquema de permissões pré-definidas para cada utilizador do sistema, desenhando-se, a partir daí, um novo regime de responsabilidade pela *segurança* e *conservação* da informação.

Do ponto de vista funcional, a elaboração e alteração de atos de registo, a consulta dos dados arquivados e a emissão de documentos deixou, assim, de pressupor um repositório físico a cargo de uma certa unidade orgânica e sob tutela do registador, para passar a depender apenas de um *login* e de uma *password*.

Da mesma forma, na ótica do utilizador, o serviço pretendido, desde a realização de um registo à obtenção de um meio de prova ou de uma simples informação, deixou de depender do atendimento presencial ou da intermediação humana, para poder ser pedido a qualquer hora e em qualquer dia da semana, permitindo-se a resolução plena do serviço através de sítio na *Internet* e atingindo-se, com isso, um elevadíssimo grau de maturidade eletrónica.<sup>14</sup>

<sup>14.</sup> A par da criação de condições legais e tecnológicas para a promoção *online* de atos de registos, a informação registal passou a poder ser visualizada através da *Internet*, em suporte eletrónico permanentemente atualizado e acessível através de código (Portaria 1.513/2008, de 23 de dezembro), atribuindo-se ao seu conteúdo o valor probatório correspondente ao da certidão em suporte de papel (art. 110.º/5 do CRP).

A coberto dos recursos tecnológicos, surgiram ainda soluções combinadas de titulação e registo em atendimento presencial único, realizando-se aí, num só lugar e a um só tempo, todas as operações relativas à transmissão, oneração e registo de prédios, ou à partilha por óbito ou por divórcio, e registo dos factos jurídicos correspondentes.

# 3.2. As refrações do meio eletrónico na atividade registal

Sucede que também a atividade registal se deixa influenciar pelo meio técnico que a suporta e que também nos assuntos registais se verifica a "mudança de escala, de ritmo ou de estrutura" ditada pelo novo meio tecnológico.<sup>15</sup>

A preferência acentuada pelo meio digital como via de comunicação com os serviços de registo não será só o resultado da redução dos custos que se fez associar aos pedidos *online*, mas também o efeito da "força irresistível da tecnologia", capaz de garantir um serviço público *intermitente*, disponível a qualquer hora, em qualquer dia da semana e a partir de qualquer ponto do mundo. A verdade é que a eliminação do *espaço físico ou geográfico* passa a ser o fator determinante, e a economia de *tempo* e de *esforço* aparecem como critérios fundamentais nos processos de formação da vontade.

A instância deixa assim de ser uma interação 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.

A interação passa a fazer-se com o *meio tecnológico*, e não com o destinatário do pedido de registo, e é "a máquina" que passa a orientar o requerente, indicando-lhe as opções possíveis, numa sequência normalizada e de acordo com uma linguagem própria, tendencialmente avessa a escolhas polissémicas ou a campos de texto livre.

Do mesmo modo, o "encontro" entre a informação registal produzida e os seus destinatários passa agora a prescindir de um ato prévio de certificação do conteúdo pelo funcionário ou agente do serviço de registo, dado que a in-

<sup>15.</sup> Segundo MCLUHAN, Marshall. Compreender os meios de comunicação. Lisboa: Relógio D´Água, 2008, p. 22, o meio é a mensagem precisamente pelas consequências psíquicas e sociais do meio enquanto ampliador ou acelerador dos processos existentes, pela mudança de escala, de ritmo, ou de estrutura que a tecnologia introduz nos assuntos humanos.

formação está produzida ou reproduzida em ambiente eletrónico e o sistema tecnológico é autossuficiente para a fazer circular, em tempo real, nos exatos termos em que ela se encontra vertida no seu suporte, mediante a simples utilização de um código de acesso na posse do usuário.

# 4. O VALOR DA INFORMAÇÃO REGISTAL EM SUPORTE ELETRÓNICO

# 4.1. O valor para o mercado e indústria da informação

São precisamente este potencial de reprodução e de circulação conferido pelo uso das novas tecnologias, sem barreiras de *tempo* ou de *espaço*, e as inúmeras utilidades propiciadas pela transformação das "palavras" em "dados" que tornam a informação registal ainda mais apetecível, enquanto *bem transacionável ou recurso estratégico*, para o mercado e a indústria da informação.

Como se sabe, a atividade de colecionar, analisar e combinar um grande volume de *dados*, tendo em vista definir perfis ou padrões comportamentais, identificar preferências e prever necessidades (naturais ou artificiais) relativas aos mais diversos aspetos da vida das pessoas não constitui já prerrogativa das grandes empresas comerciais ou dos laboratórios de pesquisa com largo porte financeiro; antes prolifera e se "democratiza", à custa das ferramentas e sistemas de *Big Data* e do efeito multiplicador que o *Big Data* introduz na capacidade de captação e análise de informações e na obtenção de proposições finais relativas às várias dimensões da sociedade.

Temos, agora, no dizer de alguns autores, uma "ditadura dos dados", que conforma, nivela, formata e quantifica; que dá uma visão de 360 graus do sujeito; que "sabe melhor quem nós somos do que nós próprios"; que prevê a ação humana com base na propensão; que potencia a análise e a avaliação dos atos com base nesta propensão, e não na responsabilidade e no comportamento específico; e que, obviamente, corrói o conceito de privacidade. 16

Ora, a informação recolhida no âmbito da atividade registal, quer a que respeita às qualidades do prédio quer a que se traduz em dados relativos aos titulares dos direitos inscritos, que, por si só, enquanto "valor latente ou implícito", sempre foi alvo de interesse por parte do mercado e da indústria da

<sup>16.</sup> Como observam MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth. *BIG DATA: A revolution that will transform how we live, work and think.* Londres: John Murray Publishers, 2013, p. 7, a verdadeira revolução não está nas máquinas que tratam os dados, mas nos próprios dados e no modo como eles são usados.

informação, adquire agora importância reforçada, como base ou matéria-prima para a criação de novos produtos de informação suscetíveis de comercialização, por se encontrar organizada e capaz de circular em ambiente informático, e convertida em texto indexável e pesquisável.

O mesmo é dizer que o interesse na informação aumenta consideravelmente na medida em que esta se apresente em *bits* ou "linguagem de máquina" e seja passível de ser transmitida sob a forma de "dados", que, em conjugação ou relação com outros dados, possam ser rapidamente transformados numa nova produção imaterial.<sup>17</sup>

## 4.2. A partilha de informação em nome da eficiência

Este interesse na informação circulável em ambiente eletrónico começa desde logo no próprio Estado, onde vão proliferando políticas públicas de *partilha de conhecimento*, designadamente através da interoperabilidade entre os sistemas informáticos das diversas entidades com natureza ou atribuições públicas, e o estímulo à coprodução de serviços e à transformação organizativa, segundo um modelo de *governo eletrónico* fortemente dirigido à criação de cadeias de valor entre os diversos serviços, ao aumento da produtividade e ao reforço da eficiência na Administração Pública.

As potencialidades das tecnologias da informação e da comunicação surgem assim como a força catalisadora de novos modelos de recolha, conservação, uso, receção e transmissão dos dados, que fomentam a eliminação das redundâncias de informação, mediante a implementação de "janelas únicas" de interação com o Estado, em que o cidadão é chamado a prestar a informação uma única vez independentemente do número de entidades envolvidas na prestação do serviço, e incentivam a reutilização da informação pelas diversas entidades, sem perda do significado e sem custos de adaptação, designadamente através de níveis diferenciados de interoperabilidade técnica, de interoperabilidade semântica e de interoperabilidade organizativa.

<sup>17.</sup> Numa referência distópica à sociedade da tecnologia, o atual modo de produção imaterial tende a ser descrito numa lógica de *transparência*, em que "mais informação e mais comunicação significam mais produtividade, aceleração e crescimento", e segundo um modelo de "dataísmo", onde só é operacional o que puder ser acumulado e transformado em *dados* e em informação. Cfr., a este propósito, HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Lisboa: Relógio D´Água, 2015.

# 5. O ACESSO ABERTO À INFORMAÇÃO

### 5.1. A liberdade de acesso à informação administrativa

A mais destes interesses, do setor público e da indústria e mercado da informação, em torno dos dados e da informação recolhidos pelas diversas entidades no exercício das suas atribuições públicas, sobreleva o direito, que a Constituição da República Portuguesa (art. 268.º/2) reconhece a todos os cidadãos, de tomar conhecimento dos arquivos e registos na posse da administração pública.<sup>18</sup>

Este direito, contra o "segredo administrativo", constitui, assim, a garantia constitucional de um princípio de "open file" no seio da Administração Pública, que apenas pode ceder em face de certas matérias, designadamente as relacionadas com a segurança interna e externa, a investigação criminal e a intimidade das pessoas, e, ainda assim, segundo os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Em face da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lada), <sup>19</sup> que desenvolve e concretiza os termos em que este direito pode ser exercido, o acesso à informação é então assegurado a qualquer pessoa, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, compreendendo a consulta, a reprodução e a informação sobre a existência e conteúdo de qualquer suporte de informação (art. 5.°), sob forma escrita, visual, sonora, eletrónica ou outra forma material (art. 3.°/1/a), na posse dos órgãos e entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos, ou detidos em seu nome (art. 4.°), sem prejuízo das cautelas e das ressalvas constitucionalmente admitidas e igualmente concretizadas nesta Lei.

Com o reforço crescente do *governo eletrónico* em Portugal, este direito tenderá pois a incidir sobre a informação em suporte eletrónico, à qual se poderá aceder por qualquer meio de transmissão eletrónica de dados, sempre que tal

<sup>18.</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra: Editora Coimbra 2010, p. 820, notam nas regras e princípios consagrados no art. 268.º da Constituição da República Portuguesa um impulso decisivo na remoção da "distância burocrática" que caracterizava a relação entre particulares e Administração Pública e na definição de um novo *estatuto de cidadania administrativa* dos particulares.

<sup>19.</sup> Aprovada pela Lei 46/2007, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 214-G/2015, de 2 de outubro.

seja possível e desde que se trate de meio adequado à inteligibilidade e fiabilidade do seu conteúdo em termos rigorosamente correspondentes aos do conteúdo do registo, conforme o preceituado no art. 11.º da Lada.

Manifesta-se, assim, na letra da lei, o propósito de colocar os documentos administrativos à disposição dos cidadãos nos "formatos mais funcionais", para que, em determinadas condições e salvo quando se trate de informação protegida, possam ser reutilizados para fins diferentes do fim de serviço público para o qual foram produzidos.<sup>20</sup>

# 5.2. A liberdade de acesso à informação registal

Não obstante o registo predial português estar a cargo de serviços públicos e, por isso, estar em causa uma atividade desenvolvida por entidades que integram a Administração Pública, não é, contudo, na Lada, mas em lei própria do registo predial, que se encontra o desenho do direito ao conhecimento da informação registal e o seu estatuto legal (cfr. art. 2.º/5 da Lada).

Sem embargo da subordinação ao mesmo critério de transparência e de abertura subjacente à Lada, que é tributário do princípio do Estado de direito democrático e que sempre deve guiar o relacionamento entre os cidadãos e quaisquer serviços da Administração Pública, é realmente no CRP, enquanto lei portadora da globalidade ordenada de normas que contêm a disciplina fundamental do registo predial, que se localiza o regime da publicidade e da prova do registo.

Sendo o registo predial um registo público, a primeira regra que se extrai do regime de publicidade ínsito no CRP é que a informação registal pode ser consultada, através dos meios de prova disponíveis, *por qualquer pessoa que pretenda conhecer a situação jurídica do prédio* (art. 104.º do CRP), sem que se exija portanto uma determinada posição, qualidade ou interesse qualificado do requerente em relação ao facto jurídico a divulgar.

No entanto, e ao contrário do que se estipula na Lada, o acesso à informação não contempla a *consulta direta* ou o manuseamento dos livros e fichas de registo ou dos documentos arquivados pelos interessados, porquanto se estipula, no art. 105.º do CRP, que apenas os funcionários da repartição poderão proceder ao exame desses suportes documentais.

<sup>20.</sup> Sobre a liberdade de acesso e comercialização da informação administrativa, GON-ÇALVES, Maria Eduarda, *Direito da informação...*, cit., p. 114 e ss.

As fontes de conhecimento da informação reconduzem-se, por isso, aos *meios de prova comuns*, ou seja, às certidões em suporte de papel e em suporte eletrónico, sem prejuízo de também se admitir a prestação de *informações verbais ou escritas* sobre o conteúdo do acervo registal e documental arquivado (art. 104.º do CRP), e a disponibilização permanente em suporte eletrónico de uma *informação predial simplificada*, sem valor de certidão, extraída de forma automática da ficha de registo informatizada e acessível através de um código de acesso disponibilizado ao interessado (Portaria 54/2011, de 28 de janeiro).

Em qualquer caso, o acesso à informação registal tem por referência um *certo prédio*, identificado pelo número da sua descrição no registo ou mediante indicação da sua localização geográfica ou da sua situação matricial, e não pelo nome do seu titular, estando, normalmente, vedada a pesquisa da informação apenas com base nos *dados pessoais*.

Considerando que, antes da informatização dos registos, eram criados, para efeitos de pesquisa, *ficheiros reais*, constituídos por verbetes indicadores dos prédios, e *ficheiros pessoais*, constituídos por verbetes indicadores dos proprietários ou possuidores dos prédios, importante é salientar que, em regra, estes verbetes não são, eles próprios, objeto de publicidade, mas meros auxiliares da publicidade registal, permitindo constatar, a partir dos elementos neles incluídos, se determinado prédio está ou não descrito e, na hipótese afirmativa, localizar o suporte registal respetivo.

Vale isto por dizer que, em regra, o conteúdo destes ficheiros não pode ser divulgado no âmbito da publicidade registal, sobretudo quando se trate do ficheiro pessoal contendo a listagem dos prédios registados a favor de *certa pessoa*, desde logo porque, repisamos, sendo o registo predial português um sistema de *fólio real*, a sua função não é dizer quais os prédios registados em nome de *certa pessoa*, mas, sim, qual a situação jurídica de *certo prédio*, devidamente individualizado pelo interessado para efeitos de informação ou de certificação registal.<sup>21</sup>

Como já vimos, a informação registal em Portugal deixou de ter por continente o suporte de papel, passando a ser processada, organizada e conservada num sistema eletrónico, que, a mais da desmaterialização praticamente com-

<sup>21.</sup> Neste sentido, cfr. parecer do Conselho Técnico (atual Conselho Consultivo) do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., proferido no *processo R.P. 125 R.P. 94 DSJ-CT* e disponível em: [www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2002/brn-3-de2002/downloadFile/attachedFile\_1\_f0/brn\_pareceres\_marco02.pdf?nocache=1207762075.88].

pleta dos atos de registo e do seu procedimento, integra, no seu modelo operativo, a agregação de todos os dados reais e pessoais pertinentes ao conjunto da atividade registal.

Com a penetração das tecnologias da informação e da comunicação no âmbito da atividade registal, criou-se, assim, o pano de fundo para a recolha de dados reais e pessoais com recurso a meios automatizados e para a sua conservação em bases de dados suscetíveis de comunicação, de consulta através de linha de transmissão de dados e de acesso direto.

Porém, também nesta modalidade ou suporte se visa preparar o registo predial para dar resposta à questão de saber quais são os direitos, ónus e encargos que incidem sobre um *determinado prédio*, e não para prestar informações sobre as pessoas sinalizadas ou sobre a sua *situação patrimonial ou financeira*, como um fim em si mesmo, a partir dos dados pessoais constantes do registo ou da compilação do volume de prédios ou de direitos inscritos a seu favor.

Vigora, assim, entre nós, um princípio de *publicidade formal absoluta*, sem que isso signifique ausência de instrumentos de controlo e de exigência, no sentido de evitar que o registo predial se transforme em centro de informações de índole pessoal, fortemente potenciado pelo meio tecnológico em que tramita o fluxo da informação registal.

# 6. A era das "tecnologias brilhantes" e o direito à privacidade

Com efeito, sendo inegáveis as virtualidades das novas tecnologias e o poder atrativo da informação tratada por este meio, não é imperioso reconhecer-lhe apenas benefícios, sobretudo quando se facilita a divulgação de dados relativos às pessoas e se adensa o risco do uso desses dados para finalidades abusivas ou incompatíveis com aquelas que determinaram a recolha.

Pese embora a discussão em torno do processo de mudança tecnológica, e a tendência para compreendê-lo segundo prismas mais ou menos antagónicos, ora o de um "determinismo tecnológico", que entende a tecnologia como uma inevitabilidade e sempre como *uma resposta*, "mesmo que a ordem social não tenha feito nenhuma pergunta", ora o que preconiza um envolvimento humano com o *artificial*, que questione os fins e os propósitos dessa mudança, procurando um papel de construção e de influência do novo paradigma,<sup>22</sup> a verdade é que o ar dos tempos sopra em benefício de algum "deslumbramen-

<sup>22.</sup> A este propósito, WINNER, Langdon. *Duas visões da civilização tecnológica*, Dilemas da Civilização Tecnológica, Imprensa de Ciências Sociais, 2003, p. 79 e ss.

to tecnológico" e das muitas virtualidades das ferramentas tecnológicas, que permitem recolher, relacionar e combinar dados pessoais de forma automática, ao ponto de se criar um perfil de "pessoa eletrónica" suscetível de ser utilizado para as mais variadas finalidades.

As potencialidades das novas tecnologias, o seu grau de sofisticação, as transformações a que assistimos (que levam alguns a concluir pela entrada numa nova "era da máquina") e o devir social, económico e político que o desenvolvimento permanente dos computadores permite alvitrar,<sup>23</sup> justificam pois que se olhe atentamente para os riscos que o aproveitamento dos fluxos de informação eletrónica representa ao nível da *privacidade* e da utilização dos *dados pessoais* do cidadão e para os mecanismos legais que permitem agir em sua defesa.

### 6.1. Da privacidade no direito português

Considerando que, na nossa matriz jurídica, não existe um direito à *privacy* como o que vale no direito norte-americano, que se autonomize como direito geral de personalidade e que incida sobre a pessoa no seu todo, é no direito especial à *reserva sobre a intimidade da vida privada*, consagrado no art. 26.º Constituição da República Portuguesa e no art. 80.º do Código Civil, que, desde logo, se localiza o primeiro escudo normativo de defesa da *vida privada* face à informática.

Diz-se, no art. 26.º/1 da Constituição da República Portuguesa, que a todos é reconhecido *o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*, e estatui-se, no art. 80.º do Código Civil Português, que a extensão dessa reserva há de ser definida de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas.

Sobre o conteúdo deste direito, tem sido dito que o mesmo se desdobra no direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e no direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida

<sup>23.</sup> Segundo BRYNJOLFSSON, Erik e McAFEE, Andrew. *The Second Machine Age – Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton & Company Inc., 2014, p. 9, estamos a viver num tempo de progresso surpreendente ao nível das tecnologias digitais, as quais continuam a desenvolver e a fazer coisas novas e únicas com um impacto transformador da sociedade e da economia tão relevante como aquele que foi provocado pela máquina a vapor. O mesmo é dizer que estamos num ponto de inflexão; num ponto em que a curva da mudança está a dobrar bastante, por causa dos computadores, começando-se a entrar na "segunda era da máquina".

*privada e familiar de outrem*,<sup>24</sup> estando pois em causa, essencialmente, proteger o controlo do conhecimento, da divulgação ou da circulação da informação sobre a vida privada, em suma, a *privacidade*.

Só que a primeira dificuldade é precisamente a de se delimitar um *conceito de privacidade*, tantas vezes descrito como conceito "vazio", "obscuro" e "imprestável", de tão elástico que é, e, com isso, encontrar o critério ou o âmbito normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.<sup>25-26</sup>

Analisando a *privacidade* pelo lado do *interesse* que o direito visa proteger, entendem alguns autores que a ideia geral que subjaz à tutela jurídica da privacidade é a de permitir ao titular *evitar* ou controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informação pessoal, ou seja, daqueles factos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o indivíduo e que é razoável esperar que ele encare como íntimos ou pelo menos como confidenciais e que por isso queira excluir ou pelo menos restringir a sua circulação.<sup>27</sup>

Nesta perspetiva, o âmbito da vida privada dependerá não só de cada pessoa, do seu comportamento concreto e do grau de exposição que cada um queira assumir, mas também dos outros, vale dizer, da valoração social sobre o sentido de "vida privada"; da conceção de privacidade que em cada momento prevaleça na sociedade.

<sup>24.</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 467.

<sup>25.</sup> Não faltam vozes a prevenir que a *privacidade* não deve confundir-se com "o direito de estar só", sob pena de se perder o sentido de comunhão e de o direito de personalidade se degradar em anteparo para o egoísmo individual. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, A reserva da intimidade da vida privada e familiar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIII, n. 1, 2002, p. 21 e ss., e CAMPOS, Diogo Leite de. *A imagem que dá poder: privacidade e informática jurídica*, Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996, p. 293 e ss.

<sup>26.</sup> Segundo ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada e familiar cit., p. 15 e ss., a definição de esferas de individualidade, distinguindo uma zona individual onde entram os dados relativos à pessoa; uma zona privada, cobrindo os dados sensíveis, como as convições filosóficas ou políticas, a fé religiosa ou a origem racial ou étnica; e uma zona secreta, traduzida como um "direito ao silêncio ou ao recolhimento", pode constituir um contributo prático importante na delimitação da extensão da reserva da vida privada e do âmbito da intimidade, sendo que tal delimitação pedirá, outrossim, que, dentro de cada uma dessas esferas de individualidade, se tracem círculos ou graus nos quais deve imperar a reserva.

<sup>27.</sup> Assim, PINTO, Paulo da Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXIX, Coimbra, 1993, p. 508.

Ora, se o critério constitucional é o da adequação à evolução da vida social; se, na medida constitucional do *direito à reserva da intimidade da vida*, pesa, antes de mais, um conceito de "esfera privada" *culturalmente adequado à vida contemporânea*;<sup>28</sup> o que a realidade demonstra é que, no domínio das relações sociais, o sentido de "privacidade" de ontem deixou de ser o sentido de hoje.

A verdade é que, no mundo moderno fortemente subsidiado pelas tecnologias da informação e da comunicação, o "hábito digital" está instalado, sobrelevando a exposição pública e a decisão de facultar os nossos dados pessoais a terceiros, para os mais variados fins, "porque esse é o custo, o perigo e o bem de vivermos neste tempo".<sup>29</sup>

Assim, embora se possa dizer que a definição do alcance da vida privada ou da privacidade é, de certo modo, função do indivíduo, por via da sua atuação e do grau de interação social que desenvolva, e que o interesse em causa é disponível, na medida em que consente limitações dependentes da simples valoração do interessado, <sup>30</sup> será igualmente certo dizer que, na sociedade da transparência, a capacidade de determinação individual torna-se reduzida e, quase sem se dar por isso, perde-se o controlo e deposita-se na rede digital a informação relativa a parte substancial da nossa vida.

São justamente esta vivência digital e esta "pegada eletrónica" que, sugerindo um novo olhar sobre a valoração social da privacidade, acabam, ao mesmo tempo, por demandar uma tutela jurídica específica, capaz de assegurar uma defesa contra o tratamento abusivo dos dados pessoais informatizados.

# 7. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Face aos desenvolvimentos da tecnologia, tem-se dito que o que faz a diferença não é a *informação em si*, mas o meio utilizado para a sua divulgação, pela capacidade de circulação da informação recolhida, sem constrangimentos de *tempo* e de *espaço*, e pela força multiplicadora e transformadora dos dados

<sup>28.</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 468, RODRIGUES, Cunha. *Informática e reserva da vida privada*, Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996, p. 290-291.

<sup>29.</sup> A expressão pertence a COSTA, José de Faria. *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996, p. 308.

<sup>30.</sup> Neste sentido, PINTO, Paulo da Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, AA. VV., Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 532 e ss.

respetivos, pelo que bem se compreende que o objeto de tutela do Direito deva ir além dos factos que integram a esfera íntima de vida de cada um e extrapolar a lógica da *privacidade*, analisando-se, de forma mais abrangente, num direito à *autodeterminação informativa* e numa liberdade de *preservação da identidade informática*.<sup>31</sup>

Justifica-se, por isso, a consagração de um direito à proteção dos dados pessoais que se desprenda ou autonomize da tutela geral concedida à intimidade da vida privada e que, designadamente, permita cobrir também os dados pessoais abrangidos por atos da vida privada que, pela sua natureza ou finalidade, tenham necessariamente de ser publicitados, como são os dados inseridos no registo predial.

É esse direito fundamental à *proteção dos dados pessoais* e à *autodetermina-ção informativa*, que, de forma pioneira e inspiradora de outros ordenamentos jurídicos, <sup>32</sup> vemos consagrado no art. 35.º da Constituição da República Portuguesa e densificado na Lei da Proteção de Dados Pessoais, a traçar os limites em matéria de tratamento de dados pessoais informatizados, limites esses que serão tanto mais apertados quanto mais intensa for a interferência na esfera íntima ou particular da vida da pessoa.<sup>33</sup>

Como defendem alguns autores, trata-se então de garantir a cada indivíduo a liberdade de controlar a utilização das informações que lhe respeitam e de preservar a "sua própria identidade informática", colocando-se como primeira exigência a proteção dos seus dados pessoais face a todos aqueles que não estão autorizados a conhece-los, ou a proceder à sua recolha, transformação ou difusão.<sup>34</sup>

Em face do disposto no art. 35.º da Constituição da República Portuguesa, confere-se, assim, uma proteção de nível constitucional à *autodeterminação informativa*, na qual, designadamente, se inscrevem *o direito* que todas as pessoas

<sup>31.</sup> V. MONIZ, Helena. Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fasc. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 231 e ss.

<sup>32.</sup> Cfr. CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 25 (n. 21), e p. 32 (n. 33).

<sup>33.</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 551.

<sup>34.</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de caráter personal en España. Ius et Praxis, vol. 3, n. 1, Talca, Chile, 1997, disponível em [www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730107].

têm de aceder aos registos informáticos, sejam eles públicos ou privados, para conhecimento dos dados pessoais que lhe digam respeito; *o direito* de exigir a retificação e atualização desses dados; o *direito* de conhecer a finalidade a que se destinam; e *o direito* ao não tratamento informático de certo tipo de dados pessoais.

O mesmo comando constitucional impõe ainda ao legislador a definição dos termos em que esse direito à autodeterminação informativa pode ser exercido, pelo que é na lei ordinária, concretamente, na Lei da Proteção de Dados Pessoais (LPD),<sup>35</sup> que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos seus dados pessoais e à livre circulação desses dados, que encontramos a garantia de efetividade desse direito, através da densificação do regime jurídico relativo ao tratamento automatizado, à conexão e à transmissão e utilização dos dados pessoais, e da criação de uma entidade administrativa independente com competência para controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de dados pessoais (Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais).

# 8. O EQUILÍBRIO NECESSÁRIO ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO REGISTAL E O DIREITO À PRIVACIDADE E À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Aqui chegados, considerando que o registo predial tem por função divulgar os factos da vida privada que integram a situação jurídica do prédio, e que, portanto, a sua vocação é, antes de mais, a de comunicação da informação recolhida, a pergunta que se coloca é então a de saber como pode este desígnio de circulação da informação conviver com o direito à privacidade e com o direito à autodeterminação informativa.

# 8.1. Da conciliação entre publicidade e privacidade

Para quem entenda que o domínio de proteção do *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar* se restringe aos aspetos mais particulares da pessoa e que, portanto, não se estende a toda a "vida privada" do cidadão, os factos sujeitos a registo estarão, normalmente, excluídos da tutela geral da privacida-

<sup>35.</sup> Aprovada pela Lei 67/98, de 26 de outubro, com as alterações introduzidas pela Lei 103/2015, de 24 de agosto.

de, porquanto se trata de atos da vida privada que, pela sua natureza, nada têm de *íntimo* e antes se querem conhecidos ou cognoscíveis por terceiros.

Com efeito, os factos jurídicos sujeitos a registo, como eventos da vida social a que o Direito reconhece relevância como fonte de eficácia jurídica, <sup>36</sup> são atos que, apesar de integrarem a vida privada, não deixam de se desenvolver num plano da *vida em relação* que, pela sua natureza e eficácia *erga omnes*, reclama publicidade ou conhecimento público, donde não há como inseri-los "no espaço de reserva irredutível das manifestações que a pessoa quer, e a comunidade acha legítimo que se queira, que permaneçam ocultas".<sup>37</sup>

Se, ao invés, não se quiser restringir a proteção constitucional e a tutela legal da privacidade aos aspetos mais íntimos ou ao "núcleo central" da vida privada e antes se quiser perspetivar o *direito à reserva da intimidade da vida privada* como direito ao controlo da *informação sobre a vida privada*, por oposição à *vida pública ou social* da pessoa,<sup>38</sup> sem valorizar excessivamente a referência literal à intimidade posta no art. 26.º/1 da Constituição da República e no art. 80.º do Código Civil, teremos que também os factos jurídicos sujeitos a registo predial integram os atos da vida privada sob reserva.<sup>39</sup>

Naturalmente, não existirá interferência ou lesão da privacidade, assim entendida, quando o registo seja pedido pelo interessado, porquanto, nessa situ-

<sup>36.</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 11 e ss.

<sup>37.</sup> Assim, COSTA, José de Faria. *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, cit., dando a escritura pública de compra e venda de um imóvel com exemplo de um ato que se desencadeia no círculo comunicacional da vida privada, mas que, porém, nada tem de íntimo e antes se encontra vocacionado para a dimensão externa do nosso modo-de-ser.

<sup>38.</sup> PINTO, Paulo da Mota., *A proteção da vida privada e a constituição*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXVI, Coimbra, 2000, p.164-165, nota que a vida privada não se distingue da vida pública segundo um critério puramente *espacial*, dependente do local onde os factos ocorreram, pois certos acontecimentos ocorridos em público podem igualmente ser protegidos pela reserva da vida privada. Segundo o Autor, deve valer como orientação geral que *vida pública* será a vida social, mundana, da pessoa, que, portanto, diz respeito ao público, e que *vida privada* é a que o titular não quer partilhar com os outros e que a ele unicamente respeita.

<sup>39.</sup> Qualificando os atos de aquisição, alienação e sucessão hereditária como informação sobre a vida patrimonial e financeira que normalmente faz parte da esfera da vida privada recoberta pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, PINTO, Paulo da Mota. *A proteção da vida privada e a Constituição*, cit., p.168-169.

ação, a informação sobre o ato da sua privada não deixa de ser *controlada* por ele e, como tal, é ainda do exercício desse direito que se trata.<sup>40</sup>

Mesmo quando o registo seja pedido por terceiro e a divulgação do ato da vida privada ocorra, assim, à revelia da vontade do interessado, não haverá uma *lesão*, senão uma limitação da privacidade, que se fundamenta na necessária harmonização com os direitos fundamentais e interesses legítimos, como são o direito à informação e o interesse público de segurança jurídica subjacente à publicidade registal.<sup>41</sup>

Ainda assim, como nenhum direito pode ser entendido com um alcance absoluto, não poderá deixar de valer uma solução guiada pela concordância prática dos interesses jurídicos em presença, que evite o sacrifício total de uns em relação aos outros e que, em concreto, permita assegurar, de um lado, uma publicidade formal efetiva e, do outro, uma contenção da divulgação da informação de caráter pessoal nos limites da finalidade do registo predial, resguardando-a, tanto quanto possível, de um uso abusivo.

Estando sujeitos a registo predial factos jurídicos que, normalmente, encerram, na sua estrutura, um elemento objetivo, relativo ao prédio, e um elemento subjetivo, relativo aos sujeitos ativos e passivos da relação jurídica correspondente, é certo que nenhuma cognoscibilidade se assegura se essa estrutura essencial não for retratada no registo, com grau de determinação ou de determinabilidade bastante, designadamente no que aos sujeitos respeita, através da divulgação dos seus elementos de identificação ou das circunstâncias que permitam determinar a sua identidade e distingui-los dos demais.

Por outro lado, estando a oponibilidade desses factos em relação a terceiros dependente do registo (art. 5.º do CRP), também parece evidente que essa oponibilidade só opera se os ditos terceiros tiverem possibilidade de conhecer o conteúdo do registo e se, portanto, a mais da publicidade material, estiver

<sup>40.</sup> PINTO, Paulo da Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, cit., p. 534-536.

<sup>41.</sup> Como se infere, a partir de VASQUEZ, Isabel Cecilia del Castillo. *Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de caráter personal*, disponível em [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670512], o indivíduo não deixa de ser um cidadão integrado num tecido social, do qual não pode desprender-se ainda que queira, pelo que é nesta dupla condição, de indivíduo e de membro de uma comunidade, que os seus direitos fundamentais hão de ser considerados, devendo indexar-se a tutela respetiva a uma proteção que navega entre as águas da privacidade e aquelas que são próprias da liberdade de expressão e do direito à informação, na sua fórmula mais ampla.

assegurada uma publicidade formal que garanta o acesso ao conhecimento efetivo dos dados registais.

Porém, não sendo o registo predial um centro de informações sobre factos da vida privada, mas uma instituição que tem por finalidade publicar a situação jurídica de prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico, é bom de ver que os limites da recolha de informação não se estendem para além da realização desta finalidade e que a divulgação dessa informação, por parte dos serviços de registo, não se deve guiar por critérios de conveniência ou de utilidade, mais ou menos espúrios, mas pelos mesmos princípios da *finalidade* e da *proporcionalidade* que presidem ao tratamento dos dados pessoais e que inspiram a Lei de Proteção respetiva.

A tensão entre o direito à privacidade e o direito à informação deve, por isso, ser resolvida à custa de uma ponderação de interesses, que permita estabelecer uma prevalência do *direito à privacidade*, imediatamente sindicável pelos próprios serviços de registo, quando se verifique, ou seja manifesta, a probabilidade de um uso abusivo ou incompatível com a finalidade do registo predial, como acontece, por exemplo, quando os pedidos de informação são feitos *em massa* ou quando a pesquisa pretendida é de índole pessoal, sem suporte autorizativo adequado e assente no ficheiro físico pessoal ou nos *dados pessoais* constantes da base de dados do registo.<sup>42</sup>

# 8.2. Da proteção dos dados pessoais

É precisamente no campo normativo da proteção de dados pessoais recolhidos para tratamento automatizado que encontramos a manifestação expressa deste *princípio da finalidade*, dizendo-se, desde logo, no art. 106.º do CRP, que as bases de dados do registo predial têm por finalidade organizar e manter atualizada a informação respeitante à situação jurídica dos prédios, com vista à segurança do comércio jurídico, não podendo ser utilizada para qualquer outra finalidade com aquela *incompatível*.

Embora a informação pessoal contida em suporte de papel goze de proteção idêntica àquela que se encontra prevista para o formato eletrónico (art. 35.º/7 da Constituição da República), atualmente, é pelo uso sistemático do meio eletrónico e pela desmaterialização praticamente integral do registo predial

<sup>42.</sup> Sobre a definição de dados pessoais, CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, cit., p. 70 e ss.

português que fundamentalmente se faz a ligação às regras de proteção de dados pessoais.

Ora, o que a propósito das bases de dados do registo e do tratamento automatizado dos dados pessoais se estabelece na lei privativa do registo predial não é senão a concretização dos princípios enformadores e das coordenadas fundamentais que se eliciam do regime jurídico da proteção de dados pessoais aprovado pela LPD,<sup>43</sup> onde avultam, como parâmetros de *qualidade dos dados*, o *princípio da finalidade*, subordinando a legitimidade da recolha dos dados pessoais a uma finalidade previamente definida, explícita e constitucionalmente legítima,<sup>44</sup> e o princípio de *proporcionalidade*, demandando que o tratamento de dados pessoais se guie por critérios de adequação, pertinência e necessidade relativamente àquela finalidade específica.

Na linha de proteção do *direito à autodeterminação informacional*, qualquer desvio de finalidade tem, por isso, de ser consentido pelo interessado ou precedido de permissão legal, podendo também a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais (CNPD) autorizar excecionalmente o tratamento posterior dos

- 43. Percorrendo a LPD de modo jurídico-registalmente interessado, verificamos que os dados pessoais sob proteção legal correspondem a *qualquer informação* relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (art. 3.%) e que *tratamento de dados pessoais* é qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efetuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a consulta, a utilização e a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colação à disposição, com comparação ou interconexão (art. 3.%).
  - Logo, forçoso é concluir que todos os dados pessoais respeitantes ao apresentante e aos sujeitos do registo recolhidos no âmbito da atividade registal para tratamento automatizado (art. 108.º do CRP) são dados recobertos pelo *direito à autodeterminação informativa*, e que é de tratamento de dados pessoais que se trata quando no registo predial se procede à recolha, registo e organização dos dados pessoais contidos nos factos jurídicos inscritos e à sua divulgação no âmbito da publicação da situação jurídica dos prédios, seja em suporte de papel ou ficheiros manuais, seja por via tecnológica.
- 44. Embora o tratamento dos dados pessoais dependa, por princípio, do consentimento do interessado, a derrogação deste princípio pode ocorrer nos casos previstos no art. 6.º da LPD, os quais se reportam, de um modo geral, ao cumprimento de obrigações legais, à prossecução de interesses legítimos, ou a razões de interesse público. Sobre a relação entre o consentimento do interessado e a licitude da recolha, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2. ed., rev., at. e amp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 792, anotação ao art. 35.º, por FARIA, Paula Ribeiro de.

dados para outras finalidades, desde que estas se mostrem compatíveis com a finalidade determinante da recolha e se obedeça aos mesmos parâmetros de qualidade dos dados postos no art. 5.º da LPD (princípio da limitação dos fins).

Considerando que, de acordo com a lei, a criação de uma base de dados pessoais depende de um objetivo ou finalidade correspondente a um interesse socialmente adequado,<sup>45</sup> é bom de ver que, em regra, é nesse objetivo que se encontra o volume e o tipo de dados pessoais a recolher e o limite da utilização desses dados por parte de terceiros (cfr. art. 5.º/1/c) da LPD).

O ponto não está, por isso, na *quantidade* de dados pessoais de que o registo predial pode dispor, mas na sua *qualidade*, vale dizer, na necessidade, pertinência e adequação desses dados para a prossecução da finalidade de organizar e manter atualizada a informação respeitante à situação jurídica dos prédios (*princípio da proporcionalidade*, *da qualidade* e *da finalidade dos dados*). 46

Obviamente, a questão também não se coloca ao nível da publicação dos dados pessoais, posto que, como já dissemos, uma publicidade registal dissociada da informação sobre a titularidade dos bens que constituem o seu objeto, amputada do pressuposto em que se alicerça o funcionamento de todo o sistema (desde a legitimação de direito ao trato sucessivo e à oponibilidade dos direitos em relação a terceiros), perde significado ou razão de ser, transmutandose num mero cadastro de imóveis e de inscrições impessoais.

Os dados pessoais informatizados constituem informação registal e, nessa medida, são dados públicos, que podem e devem ser divulgados e comunicados através dos meios de prova do registo, porém, como informação que integra a situação jurídica dos prédios, essa, sim, objeto da publicidade registal,

<sup>45.</sup> Como notam CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 552, a operatividade do direito à autodeterminação informacional exige não só a *publicidade* da criação e manutenção de ficheiros, bases de dados e bancos de dados, como a sua fundamentação em objetivos e usos específicos socialmente aceites.

<sup>46.</sup> A mais desta imprescindibilidade dos dados para a prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima, *o princípio da qualidade* dos dados envolve outrossim o dever, a cargo do responsável pelo tratamento, de assegurar que os dados são exatos, completos e atualizados, o que, no plano registal, se encontra em consonância com a presunção de verdade derivada do registo predial e, bem assim, com os valores de confiança e certeza que presidem à instituição do registo predial.

pelo que, em regra, é nessa finalidade específica que se contém o limite da sua utilização.<sup>47</sup>

As exceções que pontuam, no CRP<sup>48</sup> e em legislação avulsa,<sup>49</sup> permitindo a prestação de informações com base no ficheiro pessoal ou a comunicação ou o acesso direto aos dados pessoais constantes da base de dados para finalidades diversas da que determinou a sua recolha, são sobretudo fundadas no interesse público, não se prescindindo, em qualquer caso, na fase da sua consagração legal ou no momento da sua concretização, de um esquema de audição ou de controlo prévio pela referida CNPD.<sup>50</sup>

Como barreira intransponível, na comunicação ou no acesso direto aos dados pessoais constantes do registo predial para uma finalidade diferente, estará então um acertamento de compatibilidade entre a finalidade nova e a finalidade inicial (aquela que determinou a recolha dos dados), o qual não compete ao conservador, aos oficiais de registo ou, sequer, ao responsável pelo tratamento das bases de dados (que, de acordo com o art. 107.º do CRP, é o presidente do

<sup>47.</sup> Notamos, de resto, que, em face do disposto no art. 27.9/4 da LPD, estão isentos de notificação à CNPD os tratamentos de dados cuja única finalidade seja a manutenção de registos que, nos termos das disposições legislativas ou regulamentares, se destinem a informação do público e possam ser consultados pelo público em geral ou por qualquer pessoa que provar um interesse legítimo.

<sup>48.</sup> De acordo com os arts. 109.º-A e 109.º-B do CRP, os dados pessoais respeitantes aos sujeitos do registo podem ser *comunicados* aos organismos e serviços do Estado e demais pessoas coletivas de direito público para prossecução das respetivas atribuições legais e estatutárias, e podem ser *consultados* pelas mesmas entidades, através de linha de transmissão de dados, desde que seja garantido o respeito pelas normas de segurança da informação e haja disponibilidade técnica para o efeito, nos termos de protocolo, a submeter à aprovação da CNPD.

O acesso direto aos dados também está previsto (art. 109.º-C do CRP), porém, limitado a entidades com atribuições na área da justiça e da segurança interna e sempre sem prejuízo da adoção das medidas de segurança estabelecidas na LPD.

<sup>49.</sup> Cfr., por exemplo, art. 749.º do Código de Processo Civil, permitindo que, no âmbito do processo de execução para pagamento de quantia certa, se proceda à consulta de todas as informações sobre a identificação do executado e sobre a identificação e localização dos seus bens.

<sup>50.</sup> Ainda assim, o acesso aos dados pessoais constantes do registo deve ser limitado ao estritamente necessário e respeitar a finalidade que o determina, pelo que se deve considerar abusiva e lesiva do direito à proteção dos dados pessoais a consulta da informação registal que não se concilie com tais requisitos (princípio da limitação dos fins).

Instituto dos Registos e do Notariado, I.P.), senão ao legislador ou, na falta de norma expressa, à CNPD.

Como a lei não define um conceito de "compatibilidade", tem-se aceitado que, também neste domínio, deva prevalecer um juízo de proporcionalidade, <sup>51</sup> pondo-se desde logo em dúvida que por "compatibilidade" se deva entender qualquer finalidade que não se mostre avessa ou absolutamente contrária àquela que determinou a recolha e que, portanto, o conceito seja permissivo ao ponto de, por exemplo, se poder atestar a "compatibilidade" sempre que o uso dos dados se destine a garantir o exercício das funções próprias da Administração Pública no âmbito das suas competências. <sup>52</sup>

No mesmo contexto de análise, é também levada em linha de conta a aversão constitucional pela concentração da globalidade da informação relativa a um cidadão numa base de dados única, permitindo ao Estado construir uma imagem completa da pessoa, e pela *interconexão dos dados pessoais* recolhidos, a qual apenas se permite em termos muito restritos, exigindo-se, mais uma vez, uma ponderação dos interesses em presença à luz direitos, liberdades e garantias fundamentais dos titulares dos dados, e uma norma legal habilitante ou uma autorização expressa da entidade pública competente para o controlo e fiscalização em matéria de proteção de dados pessoais.<sup>53</sup>

Como já vimos, do ponto de vista do interesse na informação registal para finalidades distintas da que determinou a sua recolha, normalmente, o que torna apetecíveis os dados recolhidos não é a possibilidade de conhecimento isolado do *nome* da pessoa, da sua *residência* ou do seu *estado civil*, nem sequer será, por si só, a ligação destes dados pessoais à titularidade de um *certo prédio*, mas será mais a possibilidade de associar esta qualidade de titular a outros prédios e, com isso, obter um perfil patrimonial ou financeiro de certa pessoa.

<sup>51.</sup> V. a este propósito CASTRO, Catarina Sarmento e. Direito da informática, privacidade e dados pessoais, cit., p. 230-235.

<sup>52.</sup> Refletindo sobre este ponto, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., art. 35.°, por FARIA, Paula Ribeiro de, p.791-792.

<sup>53.</sup> V. a análise de GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação...*, cit., p. 82 e ss., relacionando liberdade de informação, reserva da intimidade da vida privada e proteção de dados pessoais, e chamando igualmente a atenção para o facto de que o problema fundamental não estará na existência ou na detenção dos dados pessoais pelas entidades que deles necessitam para o bom exercício da sua atividade, nem no aumento natural da quantidade de dados à sua disposição, mas estará, sim, no facto de o computador facilitar a acumulação e a interconexão de informações sobre as pessoas, criando condições para o exercício de formas de controlo direto ou indireto sobre a sua vida.

A despeito dos argumentos em torno dos custos financeiros implicados pela manutenção de vários níveis de informação no Estado, da diminuição ao nível da qualidade dos dados e do desvalor que as assimetrias de informação representam em termos de eficiência, o risco que a *interconexão dos dados* disponíveis pode representar em termos de perda de privacidade, de vigilância pública e de controlo dos cidadãos, tem sido bastante para refrear qualquer tentativa de abandono da proibição constitucional de atribuição de um número nacional único aos cidadãos e para limitar a *interconexão de dados* à necessidade de defesa de direitos ou bens constitucionalmente protegidos, tolhendo-se, à partida, o relacionamento de dados pessoais como simples medida de gestão, adotada segundo uma qualquer estratégia de valor acrescentado, de objetivo de *eficiência* ou de interesse de mercado.

Seja como for, em face das disposições legais em vigor, os dados pessoais recolhidos no âmbito da atividade registal apenas são divulgáveis na medida em que ilustram a titularidade dos direitos que incidem sobre o prédio, ou que o seu tratamento para finalidade diversa, porém compatível com a que determinou a recolha, se encontre autorizado, pelo que nenhuma pretensão assente na mera *curiosidade pela vida alheia* ou no *interesse económico* de coligir e combinar informação sobre uma concreta pessoa, tendo em vista definir o seu perfil financeiro, patrimonial ou social, poderá passar o crivo de legalidade ínsito no CRP e na LPD.<sup>54</sup>

Pelo que ficou dito, importante será sublinhar que aos funcionários dos registos e aos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais no âmbito da atividade registal cumpre assim "um dever de informar", que se analisa na obrigação de divulgação da informação registal e no dever de comunicação ou de permissão de acesso aos dados recolhidos nos termos atrás referidos, mas cumpre igualmente "um dever de calar", <sup>55</sup> que passa pela observância do sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções, e pelo dever de confidencialidade da informação para além do quadro finalístico já referido e dos limites

<sup>54.</sup> No mesmo sentido, CASTRO, Catarina Sarmento e. *Privacidade versus publicidade:* proteção de informações pessoais e atividade registral. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 375-400.

<sup>55.</sup> A expressão "dever de informar e dever de calar" pertence a VASQUEZ, Isabel Cecilia del Castillo. *Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de caráter personal*, cit., p. 241, sendo colocada a propósito da coexistência necessária entre transparência e reserva ou sigilo na Administração Pública.

consentidos à proibição da interconexão de dados pessoais (arts. 14.º e 17.º da LPD e art. 109.º-F do CRP).

Naturalmente, o desiderato de proteção dos dados pessoais recolhidos no âmbito da atividade registal depende, em muito, destas garantias funcionais, ou seja, do cumprimento do conjunto das imposições legais vigentes em matéria de proteção de dados pessoais pelos funcionários dos registos e pela entidade responsável pelas bases de dados, fo contudo, é pelo uso ilegítimo e pelo desvio de finalidade que, fundamentalmente, se degrada a proteção dos dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa.

Daí que, no nível de responsabilidade civil e de punição penal posto na LPD, encontremos a globalidade das atuações contrárias ao conjunto dos direitos fundamentais relacionados com o tratamento dos dados pessoais e, portanto, quer a divulgação indevida dos dados, quer o seu uso abusivo, e respetivos agentes.

## 9. Conclusão

Feito este percurso, cremos poder concluir que o sistema de registo predial é, antes de mais, um sistema de informação, e que essa informação, pela função que exerce e pelos efeitos que visa produzir, perde significado e efeito útil se não contiver a informação de caráter pessoal que permita identificar os titulares dos direitos, ónus ou encargos registados.

Com a penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação nos assuntos registais, e com a conversão das *palavras* em *dados*, a informação de caráter pessoal contida no registo passou a suscitar novos focos de interesse e novas oportunidades de ação, centrados na informação como valor em si mesma, suscetível de circulação e de transformação, sem barreiras de *tempo* e de *espaço*, e alheada, portanto, dos objetivos específicos que determinaram a sua recolha, organização e conservação.

As mudanças operadas pela utilização dos meios tecnológicos não têm, todavia, de se traduzir em contração do direito à privacidade e em campo aberto à curiosidade alheia e ao mercado e indústria da informação, tornando os dados pessoais em objeto ou mercadoria circulável, a pretexto do caráter público do registo e da sua dimensão de transparência.

<sup>56.</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação, cit., p. 86 e ss.

Não obstante a sua vocação de publicidade, o sistema de registo predial português é um sistema de fólio real, que assenta na descrição do prédio e que não tem por missão recolher e difundir informação de natureza pessoal, antes tem por escopo revelar a situação jurídica do prédio, com uma intencionalidade muito precisa, de certeza e segurança jurídica.

É justamente nesta finalidade específica, de publicitação da situação jurídica dos prédios tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário, que se encontram o *alfa* e o *ómega* da divulgação da informação de caráter pessoal e do tratamento dos dados pessoais, e é a partir desta finalidade que se resolve a tensão entre publicidade e privacidade; que se contém o ímpeto transformador do meio tecnológico onde a informação registal agora se movimenta; e que, em suma, se delimita o *estatuto* da informação registal.

Na articulação entre a liberdade de informação, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, a chave não está pois em escolher "o zero" ou "o infinito", antes estará no justo balanceamento, tendo por instrumentos fundamentais o princípio da finalidade e o princípio da proporcionalidade.

# 10. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registos*. Coimbra: Almedina, 1966.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2001.
- \_\_\_\_\_ A reserva da intimidade da vida privada e familiar. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, n. 1, 2002.
- BRYNJOLFSSON, Erik e McAFEE, Andrew. The Second Machine Age Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies, W.W. Norton & Company Inc., 2014.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *A imagem que dá poder: privacidade e informática jurídica*, Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I., 4. ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. Direito da informática, privacidade e dados pessoais, Coimbra: Almedina, 2005.
- \_\_\_\_\_. Privacidade versus publicidade: proteção de informações pessoais e atividade registral. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

- COSTA, José de Faria. *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada,* Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4. ed. rev. e at., Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral do direito civil, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de caráter personal en España. *Ius et Praxis*, vol. 3, n. 1, Talca, Chile, 1997, disponível em [www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730107].
- GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação, Coimbra: Almedina, 2003.
- HAN, Byung-Chul. Psicopolítica. Lisboa: Relógio D´Água, 2015.
- JARDIM, Mónica. Efeitos substantivos do Registo Predial. Teses, Coimbra: Almedina, 2013.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth. *BIG DATA: A revolution that will transform how we live, work and think*. Londres: John Murray Publishers, 2013.
- MCLUHAN, Marshall. Compreender os meios de comunicação. Lisboa: Relógio D´Água, 2008.
- MENDES, Isabel Pereira. O Registo Predial e a Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários, Estudos sobre Registo Predial. Coimbra: Almedina, 2003.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2. ed., rev., at. e amp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MONIZ, Helena. Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fasc. 2.°, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- PINTO, Paulo da Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXIX, Coimbra, 1993.
- \_\_\_\_\_. *A proteção da vida privada e a Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXVI, Coimbra, 2000.
- \_\_\_\_\_. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, AA. VV., Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Cunha. *Informática e reserva da vida privada*, Comunicação e Defesa do Consumidor, Coimbra, 1996.
- TEIXEIRA, Madalena. *A relevância do cadastro para o registo predial*, disponível em: [www.aml.pt/atividades-metropolitanas/seminarios-conferencias/seminario-cadastro/].

- \_\_\_\_\_. As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito Português, Direito Imobiliário Brasileiro, AA.VV., São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- VASQUEZ, Isabel Cecilia del Castillo. *Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de caráter personal*, disponível em [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670512].
- WINNER, Langdon. *Duas visões da civilização tecnológica*, Dilemas da Civilização Tecnológica, Imprensa de Ciências Sociais, 2003.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral versus direito à privacidade, de Ricardo Dip – RDI 63/112-125, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/637-652 (DTR\2007\890); e
- Direito à privacidade nos sistemas de informação Walter Ceneviva, de Vários Autores *RDCI* 59/292-307 (DTR\2011\5327).

## LES FORMULES ET LE NOTARIAT

#### FORMULAS AND NOTARIES

#### MAGALI JAOUEN

Agrégée des Facultés de droit. Professeur à l'Université de Valenciennes. Laboratoire IDP (EA 1384) mjaouen@hotmail.com

AREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

LITTE RESUME: Les formules notariales désignent les modèles servant à la rédaction des actes juridiques. Outil précieux autant qu'indispensable aux notaires, les formules sont au coeur de la pratique notariale. Expression d'un véritable besoin pour la profession notariale, les formules sont en outre l'une des manifestations du pouvoir créateur de la pratique notariale. Mais le recours à ces modèles prérédigés n'est pas sans dangers, surtout depuis l'avènement des nouvelles technologies. C'est pourquoi, à l'heure où le notariat voit sa légitimité même remise en cause comme en France lors des débats sur la loi Macron, les notaires doivent être vigilants et mettre en place des parades à l'échelle de la pratique individuelle comme de la profession dans son ensemble.

**M**ots cles: Notariat – Rédaction des actes – Modèles – Formules – Formulaires – Sources du droit – Coutume – Pratique notariale – Formation professionnelle – Informatique et nouvelles technologies.

ABSTRACT: Notarial formulas are models for drafting legal documents. Those writing tools are invaluable as indispensable to Notaries. Furthermore, formulas are a great sign of the creative power of Notarial Practice. But those prewritten models conceals traps, especially since the advent of new technologies. That is the reason why, at a time when its legitimacy is questioned as in France with the « Loi Macron », Notaries must be vigilant and put in place appropriate safeguards both in the individual practice-wide and profession-wide.

**Keywords:** Notaries – Drafting of legal documents – Models – Formulas – Forms – Sources of law – Custom – Notarial Practice – Professional Training – Computer and New Technologies.

Sumário: I. Les formules et la pratique notariale. A. Un besoin. 1. Un vecteur d'effectivité de la règle de droit. 2. Un facteur de sécurité juridique. B. Une source de droit. 1. Une source matérielle du droit. 2. Une source autonome du droit? II. Le notariat et la pratique des formules. A. Les pièges. 1. Le piège de l'habitude et de l'automatisme. 2. Le piège des nouvelles technologies. B. Les parades. 1. A l'échelle de la pratique individuelle. 2. A l'échelle de la profession. Conclusion

- 1.- « Pourquoi des notaires? Pas la peine, il y a toutes les formules sur internet! ». C'est sur ce slogan volontairement provocateur que le Syndicat National des Notaires de France a choisi de s'appuyer pour axer sa campagne de communication sur les avantages des systèmes de droit latin caractérisés par un droit écrit et l'existence de notaires.¹ A l'heure où la mondialisation entraîne une compétition entre les systèmes juridiques, le notariat se trouve au cœur des plus vives controverses sur l'attractivité respective des deux grands modèles «rivaux» : les systèmes de droit latin qui reconnaissent une place essentielle au notariat et les systèmes de *common law* qui l'ignorent. Abusivement placée sur le seul terrain de l'attractivité économique, la compétition entre ces deux systèmes se résout très souvent au profit du modèle libéral de la *common law* dont la vocation hégémonique pourrait menacer l'institution même du notariat.²
- 2.- C'est actuellement ce qui est à l'œuvre en France où le « projet de Bercy » prône la libéralisation de l'accès à la profession notariale et envisage d'ouvrir le monopole de la rédaction de certains actes notamment les actes soumis à publicité foncière, les actes du droit patrimonial de la famille... en invoquant des « raisons d'efficacité économique » sans autre démonstration.<sup>3</sup> Dans ce contexte de remise en cause du notariat, les discours caricaturaux se multiplient et il n'est pas rare d'entendre des propos tels ceux stigmatisés par la publicité du Syndicat des Notaires : la rédaction des actes serait aujourd'hui un jeu d'enfants, à la portée de tous en raison de la diffusion très large des formules, notamment sur internet. On n'aurait alors plus besoin des services des notaires...
- 3.- Qu'est-ce donc qu'une formule et quels rapports le notariat entretient-il avec cet instrument de rédaction des actes ? La formule, dans son sens premier, est définie comme « un modèle d'expression réglé par des normes » ce qui, appliqué à la matière juridique, renvoie à « un modèle qui sert à la rédaction

<sup>1.</sup> Campagne de publicité disponible sur le site du Syndicat national des notaires à l'adresse suivante : [www.syndicat-notaires.fr/pdf/pourquoi-des-notaires.pdf].

<sup>2.</sup> V. en ce sens l'approche manichéenne des Rapports *Doing Business* de la Banque mondiale qui concluent à l'inutilité de l'institution du notariat. critique, v. not. la réponse de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports* Doing Business *de la Banque mondiale*, 2006, n. 83 et s.

<sup>3.</sup> Pour une critique de cette approche réductrice, v. not. B. Deffains et M. Mekki, « L'analyse économico-juridique du notariat. « Bercy » au pays des merveilles », D. 2014, p. 2312 et s.

d'actes juridiques de même nature ».<sup>4</sup> Les formules notariales désignent en effet les modèles d'actes et de clauses prérédigés par les notaires qui serviront de base pour la rédaction des actes qu'ils instrumentent. Le terme dérivé, formulaire, désigne plus précisément les recueils de formules diffusés, à l'échelle d'une étude notariale ou à l'échelle de la profession. La publication de ces formulaires a conduit à l'émergence d'une science notariale dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle.<sup>5</sup> Certes, les formules ne sont pas l'apanage du notariat. Les décisions de justice comme les lois s'expriment également en formules. De manière générale, ce sont tous les professionnels du droit chargés de rédiger des actes qui ont recours à des formules.

4.- Mais le lien entre les formules et le notariat semble particulièrement fort. Détenteur d'une parcelle de l'autorité publique, chargé d'une mission d'authentification des actes, le notaire n'est pas un professionnel de la rédaction des actes comme les autres.<sup>6</sup> Conseil impartial et désintéressé des parties, le notaire ne se borne pas à rédiger des actes; il a pour mission de garantir, sous le sceau de l'Etat, la validité et l'efficacité des actes qu'il instrumente. En ce sens, il est une institution de paix car il remplit une fonction de prévention des litiges, fondatrice des systèmes de droit écrit.<sup>7</sup> Au moment de rédi-

<sup>4.</sup> Source: Trésor de la langue française informatisé – Atilf. *Rappr. Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, 10e éd., PUF, coll. Quadrige, 2014, *V° Formule*: « 1. Modèle contenant les termes dans lesquels il est d'usage (parfois de rigueur) de rédiger un acte (ex. formule des clauses de style) ou de faire une déclaration (formule du serment)».

<sup>5.</sup> J. Hilaire, *La science des notaires*, *Une longue histoire*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2000, p. 22 et 23.

<sup>6.</sup> V. not. G. Rouzet, *Précis de déontologie notariale*, préf. J. Derrupé, 3e éd., PU Bordeaux, 1999, n° 81; J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, 5e éd. par R. Crône, Defrénois, 2008, n° 61. Ce statut spécifique imprime une coloration particulière au devoir de conseil du notaire, irréductible à celui des autres professionnels de la rédaction d'actes: en ce sens, v. not. M. Grimaldi, « L'acte d'avocat », *Defrénois* 2010, art. 39071, p. 389 et s. *Comp.* l'analyse retenue par la Commission de réflexion sur l'authenticité présidée par M. Laurent Aynès qui prône un traitement identique pour tous les professionnels rédacteurs d'actes (L. AYNES (dir.), *L'authenticité*, La Documentation française, 2013, n. 62, p. 92 et s.).

<sup>7.</sup> Sur cette fonction de paix révélatrice de l'identité du notariat, v. not. J. Hilaire, « Notaires », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, 2003, p. 1086 et s.

ger l'acte, le notaire doit conseiller l'ensemble des parties,<sup>8</sup> les informer sur la portée de l'engagement projeté, se renseigner sur leur situation et sur leurs besoins afin de rédiger des actes de nature à satisfaire les intérêts des parties. La responsabilité qui accompagne cette mission est particulièrement rigoureuse, spécialement sur le terrain du devoir de conseil qui est devenu un devoir quasi-absolu.<sup>9</sup> C'est dire l'apport que constitue l'intervention d'un notaire pour la rédaction d'un acte. Or, en ces temps de remise en cause de l'institution du notariat, certains discours tendent à réduire voire à nier cet apport, au mépris de la cohérence de notre système juridique dont la richesse est l'œuvre d'une multitude de professionnels au sein desquels les notaires jouent un rôle crucial de garantie de la sécurité juridique. Et l'un des clichés consiste à dire précisément que, grâce aux formules en accès libre, on pourrait très bien se passer des services d'un notaire pour rédiger un acte.

5.- Aujourd'hui plus encore qu'hier il est donc primordial de s'interroger sur les rapports entre les formules et le notariat. Le sujet invite alors à se demander, non seulement quel est le rôle joué par les formules dans la pratique notariale (I), mais aussi quelle doit être l'attitude du notariat dans la pratique des formules (II).

#### LES FORMULES ET LA PRATIQUE NOTARIALE

6.- Les formules sont l'une des manifestations les plus éclatantes de la pratique notariale. Inhérente à l'exercice de la profession notariale, la rédaction de formules est tout d'abord un besoin pour la pratique notariale (A). Parce qu'elles ont vocation à constituer des modèles de référence pour la rédaction

<sup>8.</sup> La jurisprudence de la Cour de cassation est en ce sens : v. not. Cass. 1re civ., 4 janvier 1973, *Bull. civ.* I, n. 1 ; *Defrénois* 1973, art. 30431, n° 43, p. 1110, obs. J.-L. Aubert. *Adde* Cass. 1re civ., 15 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 189 ; *Defrénois* 2007, art. 38667, p. 1464 et s., obs. R. Libchaber, dont l'attendu de principe est très clair : « le notaire est tenu d'un devoir d'information et de conseil à l'égard de toutes les parties à l'acte pour lequel il prête son concours ».

<sup>9.</sup> Sur cette évolution du devoir de conseil, v. not. v. not. J. de POULPIQUET, *J.-Cl.* Responsabilité civile et assurances, Fasc. 420-30, Notaire – Devoir de conseil, spéc. n° 8 et s.; G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, préf. J. Derrupé, 3e éd., Presses universitaires de Bordeaux, 1999, spéc. n. 87.

des actes juridiques, les formules sont ensuite le « vecteur formel» <sup>10</sup> par lequel la pratique notariale accède au rang de source de droit (B).

#### A. Un besoin

7.- L'emploi des formules « est inhérent à la profession notariale» <sup>11</sup> au point que leur apparition coïncide avec la naissance du notariat public au 13<sup>e</sup> siècle. Fonctionnaire chargé d'appliquer le droit aux faits, le notaire va élaborer des formules traduisant ce passage de la règle dans les faits. Les formules se présentent ainsi, tant comme un vecteur de l'effectivité de la règle de droit (1), que comme un facteur de sécurité juridique (2).

# 1. Un vecteur d'effectivité de la règle de droit

8.- L'activité du notaire consiste, tout comme celle d'un juge ou de l'administration, à appliquer la loi à des situations particulières. On a pu dire à cet égard que le notaire assure le relais entre la loi et les situations concrètes. Le Ainsi, lorsqu'il est chargé de rédiger un acte, le notaire se doit de couler la volonté des parties dans des clauses qui doivent être conformes aux lois afin que l'acte soit non seulement valable mais aussi efficace. Nécessairement, cette application de la loi aux faits suppose une interprétation de la règle. Les mots de la loi au moment de sa promulgation ne prennent tout leur sens qu'au moment de leur application aux faits par un juge, par l'administration ou un notaire par exemple, et cette application est le fruit d'une interprétation de la loi par le juriste. C'est alors que le rôle des formules apparaît en pleine lumière. Les formules constituent une manière de concevoir l'application de la loi aux faits. Elles permettent la concrétisation de la règle de droit dans les faits et indiquent la voie à suivre pour élaborer des actes valables et efficaces. C'est ce qu'on a

<sup>10.</sup> L'expression est empruntée à P. Deumier, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation », RTD civ. 2007, p. 499.

<sup>11.</sup> J.-L. Sourioux, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, avant-propos J. Boulanger, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1967, n. 2.

<sup>12.</sup> J.-L. Sourioux, op. cit., n. 8 et n. 17 et s.

<sup>13.</sup> Sur cette nécessité d'interpréter le texte pour l'appliquer, v. not. J. Chevallier, « L'interprétation des lois », in Le Titre préliminaire du Code civil, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Economica, 2003, p. 125 et s., spéc. p. 126.

pu appeler la fonction individualisante des formules. <sup>14</sup> Les formules facilitent donc d'abord l'application du droit abstrait aux espèces concrètes en fournissant un mode d'emploi concret de la règle pour les actes juridiques d'un même type. Elaborées à l'échelle d'un notaire voire d'une étude, les formules sont l'expression d'une lecture de la règle de droit. C'est là le premier rôle joué par les formules dans la pratique notariale: avec les formules, la pratique notariale assure d'abord l'effectivité de la règle de droit.

# 2. Un facteur de sécurité juridique

9.- Mais le rôle des formules va au-delà. En fournissant un modèle 15 pour la rédaction des actes juridiques les plus courants, modèle qu'il conviendra d'adapter ensuite pour « coller » parfaitement aux besoins concrets des parties à l'acte, les formules sont une garantie de la validité des actes. Elles jouent à ce titre une fonction préventive et participent de la sécurité juridique des transactions, notamment en présence de dispositions impératives.16 Lorsqu'elles se contentent de traduire concrètement dans les faits une règle de droit impérative, les formules mettent en effet les particuliers à l'abri des actions en nullité. Cette action du notariat est intrinsèquement liée à la fonction que l'on a souhaité assigner à ce professionnel du droit aux lendemains de la Révolution française. La loi fondatrice du notariat – loi du 25 ventôse an XI, 16 mars 1803 – en fait une institution de paix sociale si bien mise en lumière par le Conseiller d'Etat Réal dans son discours prononcé devant le Corps législatif: « La tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'ils contractent, rédigeant leurs engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître [...] ». L'action pacificatrice du notariat qui prévient la naissance des conflits est ainsi facteur de stabilité sociale et donc de sécurité juridique. L'élaboration de formules au-

<sup>14.</sup> J.-L. Sourioux, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Rapport français », in Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses, Economica, T. XXXIV, 1985, p. 85 et s., spéc. n. 5.

<sup>15.</sup> Sur cette fonction de modèle, v. not. V. Chéritat, « La force normative de la formule notariale en droit », in *La force normative, Naissance d'un concept*, sous la direction de C. Thibierge, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 515 et s., spéc. p. 523.

<sup>16.</sup> J.-L. Sourioux, « Le rôle de la pratique... », n. 14.

xquelles les rédacteurs d'actes vont pouvoir se référer assure la prévisibilité des solutions et est donc gage de sécurité juridique. Et cette prévisibilité est d'autant plus assurée que les formules sont publiées, reproduites et souvent commentées dans les différents recueils de formules voire dans certaines revues juridiques.17 Cette fonction d'anticipation qui passe donc par une certaine standardisation18 explique que le recours aux formules concerne avant tout les actes les plus courants là où les opérations juridiques plus rares s'y prêtent moins, appelant une rédaction moins contrainte, plus personnalisée. Ce phénomène de standardisation contractuelle contribue progressivement à donner à de nombreuses formules un rayonnement très vaste, à l'échelle de la pratique notariale dans son ensemble.

Dotées d'une fonction individualisante, les formules remplissent alors une fonction généralisante manifestant le rôle créateur de la pratique notariale. Les formules sont en effet une source du droit

#### B. Une source de droit

10.- Loin des conceptions légicentristes qui ont pendant longtemps dominé la pensée juridique, il est aujourd'hui acquis que les pratiques juridiques sont une source de droit. La pratique ne doit en effet pas seulement être perçue comme l'activité d'application et d'interprétation du droit qui permet par un mouvement descendant d'assurer le passage du droit aux faits. Par un phénomène de répétition, de généralisation et d'homogénéisation, la pratique va elle-même générer des normes dont les rapports avec les sources formelles du droit – notamment la loi et la jurisprudence – ne sont pas toujours aisés à identifier ni à systématiser. La tâche est encore plus délicate s'agissant de la pratique notariale dont le rôle créateur, bien qu'identifié depuis longtemps, est encore enveloppé d'une part de mystère du fait de la spécificité de la fonction

<sup>17.</sup> P. Deumier, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation », *RTD civ.* 2007, p. 499 et s.

<sup>18.</sup> V. not. R. Huber, « La standardisation par la formule », JCP éd. N 2012, n. 4, p. 46 et s.

<sup>19.</sup> Pour une étude générale dépassant la seule pratique notariale, v. not. *Le rôle de pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses, T. XXXIV, Economica, 1985.

<sup>20.</sup> Sur ce processus de diffusion et de généralisation des pratiques qui invite à relativiser la distinction entre application et création de la règle, v. not. N. Molfessis, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, introduction », LPA 2003, n. 237, p. 4 et s., spéc. n. 3-4.

et du statut du notaire.<sup>21</sup> Les formules sont tout d'abord susceptibles d'être reprises, telles quelles ou moyennant quelques adaptations, par les sources formelles. En ce sens, les formules constituent une source matérielle du droit (1). Il est en revanche plus délicat de cerner la force normative des formules avant leur réception par une source formelle: dans quelle mesure la pratique notariale constitue, via les formules, une source autonome de droit (2) ?

#### 1. Une source matérielle du droit

11.- Le phénomène est ici bien connu; il a été maintes fois observé et décrit en doctrine. La pratique notariale constitue, depuis les origines du notariat, la source de nombreuses innovations et évolutions en droit positif.<sup>22</sup> Dans l'Ancien Droit, lorsque la coutume et les usages étaient les principales sources du droit, les formules notariales ont indéniablement constitué un élément de formation de ces règles. Les formules conçues au plus proche des besoins et intérêts des particuliers sur l'ensemble du territoire ont été le révélateur de coutumes ou d'usages qui ont ensuite été consacrés au XVIe siècle, tant dans la loi que dans la jurisprudence. De même, pour la rédaction du Code civil en 1804 le législateur s'est largement inspiré des formulaires notariaux, soit directement, soit à travers les écrits de Pothier.<sup>23</sup> L'apport du notariat à la formation de la règle de droit est ici éclatant et la pratique des formules est « l'un des exemples les plus manifestes du rôle du notariat dans le développement du droit ». 24 Les formules, fruit de la créativité de l'inventivité du notariat, constituent ainsi la matière première à laquelle le législateur et la jurisprudence vont venir puiser pour élaborer ou modifier une règle de droit. Les formules sont des modèles de référence pour le législateur et les formulaires sont de véritables sources d'information pour lui. C'est en ce sens qu'il est possible de ranger les formules notariales dans la catégorie des sources matérielles du droit: le législateur ou la jurisprudence s'inspire de ce droit vécu, c'est-à-dire de ce droit tel qu'il est dans les faits pour le consacrer.<sup>25</sup>

<sup>21.</sup> Sur ce mystère, v. Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat dans le développement du droit français », *Defrénois* 2004, n. 9, p. 611 et s. ; P. Deumier, « La pratique notariale... », *art. préc.* 

<sup>22.</sup> Sur ce point, v. not. J.-L. Sourioux, Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif, th. préc., spéc. n. 125 et s.

<sup>23.</sup> Ibid.

<sup>24.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 8.

<sup>25.</sup> P. Deumier, Introduction générale au droit, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, n. 391 et s.

12.- De nombreuses institutions ont ainsi été directement inspirées des formules notariales. C'est ainsi aux notaires que l'on doit l' « invention » du fonds de commerce.<sup>26</sup> Le Code de commerce de 1807 n'y consacrait aucune disposition et il est donc revenu aux notaires, aux prises directes avec la pratique commerciale, de trouver un cadre juridique propice aux transactions portant sur cette valeur qu'est le fonds de commerce. Dès 1807 apparaît le premier formulaire notarial de cession de fonds de commerce précisant les différents éléments, corporels et incorporels – la clientèle notamment –, devant être pris en compte. Ce n'est que dans un second temps que cette pratique a été reçue et consacrée, d'abord par la jurisprudence dans les années 1820, ensuite par la loi du 17 mars 1909. Il convient en outre de rappeler que c'est sur cette pratique que la doctrine du début du 19<sup>e</sup> siècle s'est en partie appuyée pour construire la notion de fonds de commerce.<sup>27</sup> Autre exemple de cette influence des formules sur l'évolution du droit positif, les clauses de « dessaisine-saisine » insérées dès le 13<sup>e</sup> siècle dans les actes de vente qui permettaient de faire l'économie des formes imposées par le droit romain pour la réalisation du transfert de propriété. <sup>28</sup> Devenue de style, la clause a directement influencé les rédacteurs du Code civil qui ont posé le principe du transfert instantané de la propriété, par le seul effet du contrat.

On pourrait encore multiplier les exemples de la richesse des innovations notariales contenues dans les formulaires et ensuite reprises par la loi ou la jurisprudence.<sup>29</sup> Mais ce phénomène est bien connu et ne pose en réalité pas de véritable difficulté. La question qui en revanche soulève des interrogations est celle de savoir quelle est la valeur des formules avant même leur réception par une source formelle.

#### 2. Une source autonome du droit?

13.- Dans quelle mesure et de quelle manière ces pratiques sont-elles des sources autonomes du droit ? Précisons d'emblée qu'il n'y a pas véritable création lorsque les formules se contentent de reproduire les dispositions impéra-

<sup>26.</sup> V. not. C. Jallamion, « L'apport des notaires dans l'émergence et la formulation des contrats innomés », *Defrénois* 2013, n. 20, p. 1032 et s.

<sup>27.</sup> Sur cette construction, v. not. J. Hilaire, La science des notaires, op. cit., p. 60.

<sup>28.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 12.

<sup>29.</sup> Pour d'autres exemples, v. not. J.-L. Sourioux, Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif, op. cit., n. 125 et s.; Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat », art. préc., spéc. n. 9 et s.

tives d'une loi. 30 A cet égard, la multiplication des lois impératives en matière contractuelle laisse, pour certains contrats et en certains domaines, peu de place à la créativité des notaires dans la rédaction des formules. La création de la pratique notariale a en revanche tout loisir de s'exprimer en cas de silence ou de lacunes de la loi, de même qu'en présence d'une loi supplétive ou qui nécessite des adaptations. Pour expliquer les rapports entretenus entre la pratique notariale et la loi, il est courant de rattacher les formules à la coutume.<sup>31</sup> Droit né des faits, la pratique notariale acquiert le statut de règle coutumière, par la répétition, l'uniformisation et la généralisation des formules. Cette analyse a été proposée de longue date, notamment par Jean-Louis Sourioux dans sa thèse consacrée au rôle des formules dans le droit positif.<sup>32</sup> C'est ainsi qu'il est possible de raisonner pour les formules comme pour la coutume en invoquant les formules « praeter legem » qui sont « obligatoires » dans le silence de la loi.<sup>33</sup> C'est le cas par exemple de la pratique notariale, consignée dans des formulaires, des actes de notoriété permettant de faire preuve de la qualité d'héritier. Jusqu'à sa consécration par la loi du 3 décembre 2001, cette pratique produisait déjà des effets de droit.<sup>34</sup> De même, en présence d'une loi supplétive, le champ libre est laissé à la création notariale. Ainsi, à partir de l'article 1643 du Code civil qui dispose que « Le vendeur est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie », la pratique notariale a multiplié les formules contenant des clauses de non-garantie qui sont devenues usuelles dans les contrats de vente entre particuliers. La règle de droit devient l'exception là où c'est la formule qui s'est progressivement imposée comme le principe.

14.- Mais qu'arrive-t-il lorsque la pratique notariale est contraire à la loi? Si l'on pose le problème en termes de conflit entre une coutume et la loi, la solution est simple: c'est la formule qui doit s'incliner. Ce fut le cas des formules notariales développées du 12° au 18° siècles qui permettaient les testaments

<sup>30.</sup> Ainsi, pour J.-L. Sourioux, lorsque la formule se contente de reprendre des dispositions législatives impératives, elle « préserve les actes juridiques de la nullité en même temps qu'elle procure aux particuliers le bénéfice d'un aménagement de leurs rapports juridiques qui répond le mieux d'ordinaire à leur intérêt » (Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif, op. cit., n. 17 et s., spéc. n. 21).

<sup>31.</sup> En ce sens, v. not. J. Carbonnier, *Introduction au droit*, 27e éd., PUF, 2002, n. 138, p. 268, qui désigne la pratique notariale comme « une espèce de coutume ».

<sup>32.</sup> J.-L. Sourioux, th. préc.

<sup>33.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 13 et s.

<sup>34.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 17.

irrévocables, en contrariété avec le droit romain. L'ordonnance de Daguessau mit un terme à cette pratique en 1735.<sup>35</sup> La coutume *contra legem* n'est susceptible de l'emporter que si la loi finit par la consacrer comme cela fut le cas de la clause commerciale créée par la pratique notariale pour autoriser le conjoint survivant à prélever, moyennant indemnité, certains biens propres du défunt lors de l'ouverture de la succession (loi du 13 juillet 1965 modifiant les articles 1390 à 1397 du Code civil).<sup>36</sup> De même que la loi l'emporte sur la formule, de même celle-ci doit-elle s'incliner devant une jurisprudence contraire. Là encore, la solution s'explique par l'assimilation de la formule notariale illégale à la coutume *contra legem*.

15.- Pourtant, ce raisonnement en termes de coutume ne paraît pas parfaitement adapté à la pratique notariale. En effet, contrairement aux autres pratiques professionnelles qui génèrent des règles à destination de leurs propres membres, la pratique notariale produit des règles qui ont des effets sur autrui : les parties à l'acte que rédige le notaire. Comme Mme P. Deumier l'a souligné, « auteurs et destinataires de la pratique étant distincts, la règle ne peut être appliquée coutumièrement au groupe qui ne l'a pas forgée ».<sup>37</sup> Or les effets d'une pratique illégale ou condamnée par la jurisprudence peuvent être désastreux lorsque cette pratique a servi de trame à la rédaction de nombreux actes juridiques menacés d'annulation. En dehors des cas où le législateur, face à l'ampleur de l'atteinte à la sécurité juridique, valide rétroactivement une pratique, l'interprétation notariale n'est donc pas, en l'état du droit positif, conçue comme une « interprétation normative dont les destinataires seraient protégés en cas d'erreur, comme la doctrine administrative ». 38 C'est alors exclusivement sur le terrain du devoir de conseil qu'une pratique illégale pourra être sanctionnée, sans que le notaire puisse s'exonérer de sa responsabilité en prétendant qu'il n'aurait fait que se conformer à une formule notariale.<sup>39</sup> Selon certains auteurs, il serait envisageable de prendre en compte l'effet normatif de l'interprétation notariale contenue dans certaines formules et d'introduire un

<sup>35.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 10.

<sup>36.</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat... », art. préc., spéc. n. 11.

<sup>37.</sup> P. Deumier, « La pratique notariale... », préc.

<sup>38.</sup> P. Deumier, Introduction générale au droit, op. cit., n. 404.

<sup>39.</sup> En ce sens, v. not. Cass. civ. 1re, 3 avril 2007, n. 06-12.831, Bull. civ. I, n. 142, arrêt commenté par P. Deumier, *RTD civ.* 2007, *préc*.

mécanisme correcteur afin de tempérer les effets d'une interprétation erronée, voire d'un changement d'interprétation dans le temps.<sup>40</sup>

Expression d'un besoin inhérent à la pratique notariale, les formules assurent donc l'effectivité de la règle de droit en même temps qu'elles contribuent à la sécurité juridique. Fruit d'une activité d'interprétation de la règle, les formules sont également le vecteur par lequel la pratique notariale peut être une source de droit. C'est dire si la pratique des formules constitue un enjeu pour le notariat lui-même qui doit redoubler de vigilance à l'heure où cette institution se trouve contestée.

## II. LE NOTARIAT ET LA PRATIQUE DES FORMULES

16.- Dès leur apparition, les formules notariales ont fait l'objet de critiques dénonçant les pièges (A) guettant les rédacteurs d'actes qui en font mauvais usage. C'est la raison pour laquelle des parades (B) sont d'ores et déjà mises en place et doivent être renforcées afin de déjouer ces pièges potentiellement néfastes pour l'image du notariat.

# A. Les pièges

17.- Les formules ont, dès le début, fait l'objet de critiques parfois même très virulentes, notamment dans les premiers traités sur le notariat voire sous forme d'avertissements en préface des formulaires.<sup>41</sup> Les pièges qui ont ainsi toujours été dénoncés sont la tentation de la « routine » qui confine au conservatisme et la tentation de l'automatisme qui confine à la paresse (1). Or ces pièges sont accrus depuis l'avènement de l'informatique et des nouvelles technologies (2).

<sup>40.</sup> Pour une telle interrogation, v. P. Deumier, « La pratique notariale... », art. préc.

<sup>41.</sup> V. par ex. C. de Ferrière, La science parfaite des notaires ou Le moyen de faire un parfait notaire, Paris, 1682 : Avocat au Parlement de Paris, Claude de Ferrière entendait proposer un nouveau type de Traité notarial ne se contentant pas, comme ses prédécesseurs, d'offrir une compilation de modèles d'actes mais y ajoutant un rappel des principes et règles applicables. Dès la préface de cet ouvrage, C. de Ferrière dénonce les dangers des modèles: « Il ne suffit donc pas pour dresser un Acte d'avoir des modèles, mais il faut avoir les règles et principes sur lesquels on doit les former, autrement on s'exposerait à faire des Actes vicieux et défectueux, ce qui arrive souvent à ceux qui n'ont point d'autre lumière que celle qui se trouve dans un Stile ou Pratique des Notaires ».

## 1. Le piège de l'habitude et de l'automatisme

18.- Il est indéniable que l'usage des formules est également guidé par des raisons d'opportunité et de commodité. Qu'elles soient propres à une étude notariale ou rassemblées dans un recueil établi par des experts et largement publié, ces formules fournissent, pour chaque type d'acte, une rédaction toute prête qui a d'ores et déjà fait ses preuves. La reproduction du modèle contenu dans les formules permet de réaliser une économie de temps et se présente, du point de vue du notaire ou du clerc de notaire chargé de rédiger l'acte, comme un gage de régularité de l'acte et donc de sécurité juridique. 42 De même, l'avènement de l'acte normalisé impose aux notaires le respect de normes très précises pour la structure et la présentation de l'acte, en sorte que le recours aux formules préétablies permet de fournir une trame sûre. Mais un tel instrument doit être utilisé de façon prudente car il est aisé de tomber dans les pièges de la routine et de l'automatisme. Le recopiage aveugle de formules sans souci d'individualisation risque de conduire à l'élaboration d'un acte qui ne correspond pas à la véritable intention des parties à l'acte et ne permet donc pas de répondre pleinement à leurs besoins. Voire! La reproduction pure et simple d'un modèle élaboré pour un acte peut s'avérer fatale transposée à un autre acte qui est alors menacé d'annulation.

19.- Sans toujours avoir de telles conséquences désastreuses pour la sécurité juridique, le simple recopiage de formules peut considérablement affecter la qualité de l'acte rédigé qui se trouve appesanti de clauses inutiles. Ces dangers étaient particulièrement présents aux origines du notariat au Moyen-Age en raison de l'absence de formation des notaires, qui ne passaient donc pas toujours par l'université. Il est ainsi courant de dénoncer cette tendance chez les tous premiers notaires qui se contentaient de copier des clauses, le plus souvent en latin, sans véritablement en comprendre le sens ni la portée. Une habitude avait également cours à l'époque, qui consistait à rédiger l'acte en deux temps: dans un premier temps, en présence des parties, le notaire rédigeait une brève note – la minute – se contentant d'annoncer les principales clauses de l'acte par un simple « et caetera »; dans un second temps seulement, le notaire rédigeait seul l'acte en entier en ajoutant même des clauses non mentionnées aux parties, par simple recopiage de la formule. 43 D'où l'expression consacrée:

<sup>42.</sup> V. not. R. Savatier, « Le bon et le mauvais usage des formulaires notariaux », *Defré-nois* 1975, art. 30942, p. 788.

<sup>43.</sup> C. Jallamion, « L'apport des notaires dans la formulation... », art. préc.

Dieu nous garde de l'et caetera des notaires!<sup>44</sup> Une telle dérive a été rapidement sanctionnée dès le 14<sup>e</sup> siècle sur le terrain de la responsabilité professionnelle du notaire. La structuration de la profession, la mise en place d'une solide formation des notaires de même que la publication de grands traités de pratique notariale ont concouru à la diffusion de formules de grande qualité et surtout à une sensibilisation des notaires aux dangers des formules. De l'art notarial des premières formules manuscrites on est passé progressivement à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, à une véritable science notariale.<sup>45</sup>

20.- Mais, même ainsi conscient des dangers des formules, le notariat doit demeurer vigilant. D'autant que, de l'habitude au conservatisme, le pas n'est pas si grand et l'on a souvent relevé que la pratique des formules risquait de nuire à l'innovation et à l'audace de la profession. Cette critique ne nous paraît toutefois pas justifiée et, ce pour deux raisons. D'une part, ainsi qu'on l'a vu, la pratique des formules a été à l'origine de nombreuses évolutions et innovations du droit civil, le législateur et la jurisprudence y puisant de précieuses informations. D'autre part, il ne faut pas oublier que la mission même du notaire l'invite à la prudence lorsqu'il rédige les actes dont il doit garantir tant l'efficacité que la validité. On comprend dès lors que, au moment de la rédaction des actes, les notaires ne fassent pas preuve d'une créativité audacieuse ou téméraire qui risquerait de nuire aux parties!<sup>46</sup> Ainsi, lorsqu'un doute sur la régularité d'une nouvelle formule existe, les notaires vont préférer maintenir et donc répéter les formules qui ont déjà fait leur preuve et attendre la validation de la nouvelle pratique par la loi, la jurisprudence voire une doctrine particulièrement autorisée. 47 L'audace créatrice du notariat est plutôt à rechercher du côté de la doctrine notariale,48 notamment à travers les travaux du Congrès des notaires (ainsi du mandat de protection future, innovation répondant à de réels besoins pratiques que le notariat a soutenue à l'occasion de plusieurs Congrès jusqu'à ce que le législateur la consacre en 2007).

<sup>44.</sup> Ibid.

<sup>45.</sup> A. Dumas, « Dieu nous garde de l'etcαtera du notaire », in Mélanges Paul Fournier, Sirey, 1929, p. 153 et s.

<sup>46.</sup> Sur cette prudence requise de la pratique notariale en lien avec l'exigence d'efficacité des actes instrumentés, v. not. P. Deumier, « La pratique notariale... », *art. préc*.

<sup>47.</sup> V. not. M. Grimaldi, « Quelles revues pour le 21e siècle? Les attentes du notariat », *RTD civ.* 2002, p. 711 et s., spéc. n. 13-14.

<sup>48.</sup> En ce sens, v. P. Deumier, « La pratique notariale... », art. préc.

Routine et automatisme, tels sont donc les pièges à éviter dans la pratique des formules. Or ces pièges sont encore plus retors avec l'avènement des nouvelles technologies.

## 2. Le piège des nouvelles technologies

21.- L'informatique rend plus dangereuse encore l'utilisation de formules toute prêtes, prérédigées.49 La pratique du copier-coller rend le rédacteur de l'acte encore plus passif qu'à l'époque où il devait s'emparer d'une plume d'oie et recopier à la main les formulaires à sa disposition. Certains soulignent ainsi que, depuis que le clavier d'ordinateur « a remplacé le cahier du principal clerc de notaire », « la référence du notaire stagiaire n'est plus dans l'expérience de son collègue mais dans la mémoire de son ordinateur. On ne peut que déplorer que cette dernière supplante trop souvent le cerveau de l'homme ».50 D'autant que les sociétés d'informatique spécialisées dans l'aide à la rédaction des actes juridiques proposent de plus en plus des logiciels mettant en œuvre des procédés de rédaction automatisée, le notaire n'ayant qu'à piocher dans la « bible » contenant des formules et à les insérer par un simple « clic » dans une matrice d'acte préétablie. De là le sentiment qu'avec un tel logiciel « intelligent » la rédaction d'un acte serait à la portée de tous, y compris les non-juristes! Et que dire, lorsque les formules sont en accès libre sur internet par une simple recherche sur Google, par exemple?

22.- Certes, l'utilisation aveugle des logiciels informatiques de rédaction des actes est un risque auquel le notariat est d'ores et déjà très sensibilisé. La formation des futurs notaires, au sein des établissements de formation professionnelle comme au sein des études notariales dans lesquelles ils effectuent leur stage, doit attirer leur attention sur la nécessité de toujours adapter l'acte à la situation juridique particulière et aux besoins des parties. Cette vigilance est essentielle face à la multiplication des textes de loi, spécialement en matière consumériste, qui imposent de plus en plus les mentions et clauses devant figurer dans un acte, diminuant d'autant l'espace de la liberté contractuelle. Le risque est grand pour le rédacteur de l'acte d'utiliser des formules se contentant de reproduire purement et simplement le texte de loi. D'autant que les sociétés spécialisées qui fournissent les logiciels d'aide à la rédaction ne font

<sup>49.</sup> V. N. Nicolaïdès et J.-F. Pillebout, « La formule notariale à l'heure de l'informatique », *JCP éd.* N 2004, n. 19, p. 805 et s.

<sup>50.</sup> D. Froger, « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », *Defrénois* 2004, n. 3, p. 173 et s.

pas preuve en la matière de la même vigilance et des dérives en ce sens sont dénoncées depuis longtemps. Ainsi, dès 1981, la doctrine notariale s'était émue de la piètre qualité des formules proposées dans les « bibles » des sociétés d'informatique en matière de ventes d'immeubles à construire qui se contentaient de recopier la loi. 51 A ces dérives s'ajoutent les risques liés à l'avènement de l'acte authentique électronique et de la procédure Télé@ctes. L'efficacité et la sécurisation de ces opérations ainsi dématérialisées passent par une automatisation de la rédaction des actes via l'utilisation d'un logiciel labellisé. Ces évolutions supposent une évolution des méthodes de travail afin de s'adapter aux progrès technologiques tout en gardant la maîtrise de la rédaction des actes. 52 Le risque est grand, en effet, de voir les notaires dépossédés de leur « art » par la reproduction automatique de formules dont l'élaboration même leur échappe de plus en plus au profit de prestataires de services informatiques. Mais le notariat n'est pas sans réagir et des parades sont déjà à l'œuvre, dont certaines pourraient encore être renforcées.

#### B. Les parades

Les parades doivent se déployer sur deux plans: à l'échelle de la pratique individuelle (1), d'une part, à l'échelle de la profession (2), d'autre part.

# 1. A l'échelle de la pratique individuelle

23.- C'est d'abord à l'échelle de l'étude notariale que les futurs notaires doivent être sensibilisés aux pièges liés à un mauvais usage des formules. Nous avons souligné que la pratique des formules avait progressivement fait évoluer la profession notariale de l'art vers la « science ». La constitution d'une science notariale contribue à la rationalisation des méthodes de travail. Or il semble que les pièges de l'habitude et de l'automatisme ne peuvent être déjoués que si l'on revient à l'idée d'un « art notarial », d'un « art de la clause », qui met l'accent ici sur la subjectivité, l'apport personnel qui doit être celui du notaire

<sup>51.</sup> V. not. H. Bosvieux, « Plaidoyer pour la rénovation de l'acte authentique », *JCP éd. N* 1981, 1, 391. *Adde*, du même auteur, « Informatique et sécurité juridique (De l'apport de l'Intelligence artificielle dans la rédaction des actes notariés) », *JCP éd. N* 1993, n. 13, art. 100530.

<sup>52.</sup> Sur ce point, v. not. M.-F. Zampiero, « Informatisation et dématérialisation : les enjeux pour la profession notariale », *JCP éd. N* 2012, n. 46, 1367.

à l'occasion de la passation de chaque acte. <sup>53</sup> Bien sûr, une telle exigence n'est pas incompatible avec la standardisation des opérations les plus courantes! Mais il faut toujours que le notaire se souvienne qu'il est ce conseil désintéres-sé, ce rédacteur impartial de la volonté des parties. C'est sur le terrain du devoir de conseil, inhérent à sa fonction, que le notaire a son rôle à jouer, ce qui n'est pas une mince affaire face à un droit devenu complexe, plus difficilement lisible et accessible.

#### 2. A l'échelle de la profession

24.- Mais c'est également à l'échelle de la profession que des parades doivent être mises en place. Pour éviter d'être dépossédés de leur art par les prestataires de services informatiques, les notaires doivent s'organiser. Ils ont alors le choix. Ils peuvent envisager de créer leur propre structure professionnelle chargée d'élaborer des logiciels à destination exclusive des notaires. Cette piste a déjà été explorée par le notariat français mais elle a malheureusement échoué. Il serait certainement préférable d'envisager une collaboration avec les prestataires de services informatiques, ceux-ci apportant leur savoir-faire technique tandis que ceux-là veilleraient à l'élaboration de formules de qualité, gage de sécurité juridique. C'est toujours de cette façon, par l'échange et par l'écoute, que le notariat est parvenu à imposer ses créations et à gagner la confiance non seulement des particuliers mais aussi des autres professionnels du droit.54 Enfin, le notariat a un autre défi à relever à l'heure où sa survie est menacée par certains projets: il doit éviter que ne se propage trop facilement l'idée reçue selon laquelle la possibilité qui existe aujourd'hui d'accéder librement sur internet à des formulaires d'actes juridiques et autres actes prêt-à-recopier rendrait inutile le recours à un notaire pour rédiger un acte. Le notariat œuvre déjà pour lutter contre de tels préjugés, ainsi que le révèle notamment le communiqué du Syndicat national des notaires de France évoqué au début de cette intervention. Il en va de même avec la diffusion des travaux du Congrès des Notaires, l'organisation de manifestations scientifiques réunissant notaires, universitaires, magistrats ou encore avocats.

<sup>53.</sup> Sur cet « art », v. not. les actes du colloque « L'art de la clause » (9 oct. 2014, CSN Paris), sous la direction de M. Mekki, *JCP éd. N* 2015, n. 21, dossier n. 1155.

<sup>54.</sup> En ce sens, v. not. Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat dans le développement du droit français », *art. préc.*, spéc. n. 18 et s.

#### Conclusion

25.- L'étude des rapports entretenus par le notariat et les formules souligne le défi permanent lancé à cette profession pour faire reconnaître sa légitimité et son utilité pour l'Etat et les citoyens. Le notariat doit œuvrer pour que, dans la conscience collective, les représentations évoluent. La tendance doit s'inverser afin que désormais on puisse entendre: «Comment y voir clair avec toutes ces formules sur internet? Heureusement, il y a les notaires!».

## PESQUISA DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

 A forma, as formalidades e as fórmulas dos atos notariais, de Otávio Uchôa da Veiga – Doutrinas Essenciais de Direito Registral 1/1253 (DTR\2012\874).

# A ACTUAL PROBLEMÁTICA A PROPÓSITO DO PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE

THE CURRENT PROBLEM INVOLVING THE PRINCIPLE OF CONSENSUALITY

#### MÓNICA VANDERLEIA ALVES SOUSA JARDIM

Doutora, pela Faculdade de Direito de Coimbra, em Direito Civil. Mestre, pela Faculdade de Direito de Coimbra, em Direito Civil. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra, onde é regente das disciplinas de Direito das Coisas I, Direito das Coisas II, Direito dos Registos e do Notariado. Membro Cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho do Notariado de Portugal. Académica da Academia Brasileira de Direito Registral. Membro do Conselho Editorial dos "Cadernos do CENoR". Membro do Conselho Editorial da revista: "Cadernos da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo". Co-responsável pela organização da Pós-graduação em "Direito Notarial e Registal - Prof. Doutor Henrique Mesquita" e dos diversos Cursos Breves realizados pelo CENoR, bem como pela organização do Seminário Luso-Brasileiro e Espanhol sobre Direito Imobiliário Registal, pela Bienal de Jurisprudência Luso-Brasileira em Direito Imobiliário e Registal e pelo Encontro de Direitos Reais, Direito Registal e Direito Notarial. Fez múltiplas apresentações em colóquios, seminários e conferências em Portugal e no Estrangeiro. Tem diversos artigos publicados no domínio dos Direitos Reais e do Direito do Registo Predial. Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR). mjardim@fd.uc.pt

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: Em contraste com a posição tomada por alguns autores na doutrina Portuguesa, o estudo argumenta que em Portugal a causa da transmissão dos direitos reais geralmente não é complexa e que o art. 408 do CC não é uma norma dispositiva (porque a criação e transmissão de direitos reais é um efeito direto do contrato – o princípio da transferência de "consenso solo").

**Palavras-chave:** Direito de propriedade – Princípio da consensualidade – Sistema de título.

**Abstract:** In contrast with the stand taken by some authors in Portuguese doctrine, the study argues that in Portugal the cause of tranmission of rights *in rem* is generally not complex, and that art. 408 of the CC is not a dispositive norm (because the creation and transmission of real rights is a direct effect of the contract – the principle of "solo consensus" transfer).

**Keywords:** Property law – Principle of consensuality – System of title.

Sumario: 1. Nota prévia sobre o princípio da consensualidade. 2. A tese segundo a qual a causa da Constituição e da transmissão é, regra geral, complexa — não se podendo dizer, com rigor, que a aquisição seja um efeito directo do contrato (cfr. n. 2 do art. 408 e n. 1 do art. 409 do Código Civil) — e que, por isso, reconhece natureza supletiva ao art. 408. 3. Posição adoptada: a Constituição ou transferência de direitos reais dá-se por efeito do contrato e as excepções ressalvadas por lei a que se refere o n. 1 do art. 408 dizem apenas respeito àqueles casos em que o legislador, para a produção do efeito real, não se basta com o título, exigindo, ainda, a verificação de um modo. 3.1. Análise do n. 2 do art. 408 do Código Civil. 3.2. Análise do n. 1 do art. 409 do Código Civil. 4. Bibliografia.

#### 1. Nota prévia sobre o princípio da consensualidade.

O actual Código Civil Português, na esteira do Código de Seabra, no N. 1
 do art. 408, consagra o denominado princípio da consensualidade¹

Ora, este princípio, na sua rigorosa acepção técnico-jurídica em matéria de Direito das Coisas, significa que, nos direitos reais convencionalmente estabelecidos, para a produção do efeito real, regra geral, basta, ou é condição suficiente, um «título»<sup>2</sup> – o qual, por força do princípio da causalidade, há-de existir, ser válido e procedente<sup>3</sup> –, sendo desnecessário um modo.<sup>4</sup>

<sup>1.</sup> Reproduzimos, praticamente na íntegra, o afirmado por nós em: *Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos de Registo*, Coimbra: Almedina, 2013, 412 e ss.

Vide Vassalo de ABREU, «Uma relectio sobre a acessão da posse (art. 1256 do Código Civil)», Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciai: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. II: Vária, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 75 nota 32.

<sup>3.</sup> De acordo com o ensino oral de Orlando de Carvalho, o princípio da causalidade permite-nos afirmar – nos direitos das coisas convencionalmente estabelecidos – que sem "causa regular", isto é, sem a existência, a eficácia e a validade do contrato, o efeito real não se produz. No mesmo sentido, Vassalo de ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (art. 1256 do Código Civil)», 75 nota 32; Paulo Videira HENRIQUES, «Terceiros para efeitos do art. 5.º do Código do Registo Predial», Separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Volume Comemorativo 75 (2003) 5 nota 11.

<sup>4.</sup> Dispensando-se, assim, ao contrário do que acontece nos sistemas de modo ou de título e modo, "o preenchimento de qualquer outra exigência não reconduzível ao contrato, não reconduzível, em suma, a uma mera documentação ou autenticação do consenso das partes." Cfr. Orlando de CARVALHO, *Direito das Coisas*, Cap. IV – *As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas*, adenda policopiada, Coimbra, 1977, n. 10, que completa o texto impresso do Cap. II, p. 5.

"Temos, em suma, que o nosso sistema jurídico enfileira no grupo de sistemas jurídicos que, na sequência do Código Napoleónico, não só não distinguem entre negócio real e negócio obrigacional quanto à atribuição ou disposição de direitos sobre as coisas, mas perfilham a transmissão ou constituição solo consensu, isto é, dependente do mero acordo de vontades." 5

O contrato que é fonte de feitos obrigacionais é a própria fonte dos efeitos reais.

No mesmo sentido: Henrique MESQUITA, *Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, João Abrantes, 1967, 50-51; João CALVÃO DA SILVA, «Cumprimento e sanção pecuniária compulsória», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 63 (1987) 86 nota 193.

Como actualmente se sabe, este regime da transmissão ou constituição *solo consensu* teve a sua origem no direito romano e foi consagrado pela primeira vez, no século IV, pelo Imperador Constantino.

No entanto, a verdade é que o sistema de aquisição de direitos reais que dominou no Direito romano foi o sistema do título e do modo. Assim, o título, em si mesmo – a doação ou a venda –, produzia apenas efeitos obrigacionais e a eficácia real pressupunha um modo: a mancipatio ou a in jure cessio, ou – o modo cada vez mais dominante e, finalmente, o modo exclusivo – a traditio. (Cfr. Vieira CURA, «O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos Códigos Civis espanhol e português», Separata de Jornadas Romanísticas, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, [Studia Iuridica 70; Colloquia 11] 47-61, 81-89).

A propósito da *traditio*, recordamos, ainda, que se traduzia na transferência da posse de uma coisa, feita por alguém (o *tradens*) a outrem (o *accipiens*), com base numa *iusta causa* e com a intenção de, respectivamente, transferir e adquirir a propriedade (*animus transferendi et accipiendi dominii*).

Não bastava, portanto, a simples entrega da coisa para que ocorresse a *traditio*, uma vez que esse acto não significava que a propriedade estivesse a ser transmitida. (Cfr. Moreira ALVES, *Direito Romano*, vol. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, 309-310; RODRÍGUEZ OTERO, *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, Madrid: DIJUSA, 2005, 195; Santos JUSTO, «A base Romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)», in 2.º Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 12 e ss.).

5. Como é evidente, não deve confundir-se este princípio da consensualidade, que vigora em matéria de direitos das coisas, com o princípio homónimo que conhecemos do negócio jurídico, ou da forma a que obedece o negócio jurídico.

Segundo este princípio, fixado no art. 219.°, consensualismo opõe-se a formalismo, tomando-se, por conseguinte, a palavra "consenso" na acepção de mera ausência de forma (Cfr. Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, Coimbra: Centelha, 1977; e Direito das Coisas, Cap. IV – As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas, adenda policopiada, n.º 10, respectivamente, p. 7 e 10).

Por isso, em Portugal, vigora o sistema do título. Assim, para que o direito real se constitua, transmita, modifique ou extinga – salvaguardadas as excepções previstas na lei (cfr. a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil) – é apenas necessário e suficiente um título, sendo desnecessário um acto pelo qual se realize, ou produza, efectivamente, o efeito real: *modus adquirendi*. Foi precisamente isso que o legislador pretendeu dizer ao estatuir que o efeito real se produz por *mero* efeito do contrato.

Nestes termos, excepções impostas por lei a esse princípio – às quais alude a parte final do n. 1 do art. 408 – tê-las-emos apenas

"na doação de bens móveis quando não exista escrito – exigência de *traditio* –, na transmissão de títulos ao portador – exigência também de *traditio* –, na constituição do penhor de coisas – exigência ainda de *traditio*, em qualquer das modalidades previstas no art. 669 do Código Civil –, na constituição do penhor de créditos – exigência de notificação do devedor ou equipolente – e na constituição da hipoteca – exigência de registo".<sup>7</sup>

De facto, só nestas hipóteses o nosso sistema do título se aproxima do sistema do título e do modo, "incluindo um modo no título".<sup>8</sup>

Acresce que, interpretando o art. 408, n. 1, do Código Civil em sintonia com o disposto no art. 224 do mesmo diploma legal – que consagra a solução proposta pela *doutrina da recepção*, nos termos do qual o momento da perfei-

<sup>6.</sup> Também os arts. 874 e 879 do Código Civil, de forma evidente, revelam a desnecessidade de um qualquer *modus adquirendi*.

De facto, o primeiro dos referidos preceitos define a compra e venda como "o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço" e o art. 879.º, ao enumerar os efeitos essenciais da compra e venda, refere-se "à transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito".

Consequentemente, um contrato que faça depender o efeito translativo da propriedade de um acto dispositivo posterior do vendedor não poderá ser qualificado como compra e venda, "porque o esquema desse contrato seria: «o vendedor obriga-se a praticar um acto cuja intenção e efeito será a transmissão da propriedade da coisa» e desde que o acordo constitutivo dessa obrigação não transmite a propriedade, falta o efeito essencial da compra e venda referido no art. 879.º, alínea a)". Cfr. Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa», Revista da Ordem dos Advogados, 3 (1983) 595.

Cfr. Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, 283; e Direito das Coisas, Cap. IV – As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas, adenda policopiada, 10, p. 6 e 7.

<sup>8.</sup> Cfr. Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, 275.

ção negocial é o da recepção da aceitação pelo proponente –, facilmente se conclui que, nos contratos reais *quoad effectum*, os efeitos (reais) do contrato se produzem, em princípio, no momento em que as declarações são emitidas e recebidas <sup>9</sup>

No entanto, a verdade é que o princípio da consensualidade apenas impõe que o efeito real seja uma mera consequência do contrato, não que o referido efeito seja sempre uma consequência imediata e instantânea e, portanto, que não possa ser diferido no tempo. Tal diferimento ocorre, por exemplo, quando se verifica a inactualidade ou a indeterminação do objecto, bem como, quando é estipulada a reserva do domínio.<sup>10</sup>

Portanto, o efeito real verifica-se em virtude do mero contrato, mas nem sempre no momento do contrato. No entanto, tal realidade não se traduz em qualquer excepção à regra consagrada na parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil, uma vez que não implica que a produção do efeito real fique dependente, em virtude do acordado pelas partes, da verificação de um qualquer modus adquirendi

#### Em síntese:

O princípio da consensualidade tem por consequência, necessária, a consagração do sistema do título e apenas o legislador pode subordinar a produção do efeito real à verificação de um *modus adquirendi*, por isso a parte final do

Por todos, cfr. Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, Cap. IV – As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas, adenda policopiada, 10, que completa o texto impresso do Cap. II, p. 5; João Calvão da Silva, «Cumprimento e sanção pecuniária compulsória», 86 nota 193.

<sup>10.</sup> Por todos, vide Pires de LIMA/Antunes VARELA, Código Civil Anotado, vol. II, ed. rev. e act., Coimbra: Coimbra Editora, 1986, 166 e 173; Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, Cap. IV – As grandes formas de ordenação do domínio. Modalidades de direitos das coisas, 6 e 7.

Em sentido contrário, Gabriela Figueiredo Dias afirma:

<sup>&</sup>quot;se em regra o efeito translativo da propriedade (efeito real) se produz independentemente da entrega do bem – objecto mediato do contrato – ou da observância de qualquer formalidade, o momento da transferência da propriedade será, por via de regra, o da celebração e conclusão do contrato. Isso mesmo pretendeu dizer o legislador ao determinar que o efeito real (...) se produz por *mero* efeito do contrato. Tal significa que nada mais, além das simples declarações negociais, é exigido para que o contrato produza os efeitos que visa."

Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», in AA. VV., *Comemorações dos* 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 421-422.

- n. 1 do art. 408 do Código Civil se refere às excepções previstas na lei e não às excepções criadas pelos contraentes.
- Não obstante o efeito real ser sempre uma consequência do contrato, tal não implica que se verifique instantânea ou imediatamente, ocorrendo frequentemente o seu diferimento, sem que tal se traduza numa das excepções a que faz alusão a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil.<sup>11</sup>
- 2. A TESE SEGUNDO A QUAL A CAUSA DA CONSTITUIÇÃO E DA TRANSMISSÃO É, REGRA GERAL, COMPLEXA NÃO SE PODENDO DIZER, COM RIGOR, QUE A AQUISIÇÃO SEJA UM EFEITO DIRECTO DO CONTRATO (CFR. N. 2 DO ART. 408 E N. 1 DO ART. 409 DO CÓDIGO CIVIL) E QUE, POR ISSO, RECONHECE NATUREZA SUPLETIVA AO ART. 408
- Ferreira de Almeida e, na sua esteira, Clara Sottomayor afirmam que, na actualidade, a constituição e transmissão *solo consensu* já não corresponde à regra e defendem a natureza supletiva do art. 408, n. 1. Os referidos Autores afirmam em resumo o seguinte.<sup>12</sup>
- 11. Em sentido contrário *vide* Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», 430-431, que considera que o n.º 2 do art. 408 e o art. 409, ambos do Código Civil, consubstanciam excepções ao princípio da consensualidade.
  - Ana Maria PERALTA, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra: Almedina, 1990, 152, por seu turno, apesar de reconhecer que a transferência do direito tem de ser um efeito do contrato, mas não um seu efeito imediato, considera que a interpretação conjugada do n. 1 do art. 408 e do art. 409 conduz a que se tenha
  - "de aceitar que o *tipo geral* de compra e venda acolhido pelo legislador é aquele que tem por efeito directo e imediato a transmissão da propriedade. Todas as outras vendas [incluindo a compra e venda com reserva de propriedade] são *tipos especiais* relativamente a este tipo geral."
- 12. Vide Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», *Themis*, 11 (2005) 5 e ss.; Maria Clara SOTTOMAYOR, *Invalidade e Registo A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, Coimbra: Almedina, 2010, *183 e ss*.
  - Saliente-se que também Almeida Costa afirma o carácter supletivo da norma em questão, não obstante não apresentar qualquer justificação.

Passamos a transcrever o afirmado por este Autor:

"O direito português moderno, tanto no âmbito do Código Civil anterior (arts. 715.°, 716.° e 1549.°) como no do Código Civil vigente (art. 408.° e al. *a*) dos arts. 879.° e 1317.°), estatui que a constituição ou a transferência de direitos reais sobre coisa determinada, salvas as excepções previstas na lei, se produz por mero efeito do contrato.

- As "excepções" a que se refere a parte final do n. 1 do art. 408 do Código
   Civil abrangem um conjunto impressionante de contratos translativos.
- "Houve, sob este aspecto, desde os tempos da concepção do Código Civil até aos dias de hoje, uma evolução dos modelos de comercialização, que incita

Designam-se tais contratos como *contratos com eficácia real*, ou somente *contratos reais* («quoad effectum») – *dingliche Verträge*, na terminologia germânica.

Essa transmissão imediata do direito real deriva de uma simples norma supletiva e não de um princípio de ordem pública. Portanto, podem as partes afastá-la através de um *pactum reservati dominii* (art. 409), designadamente, estabelecendo uma cláusula de reserva de propriedade até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra, ou até à verificação de qualquer diverso evento. Assim, nas vendas a prestações e nas vendas com espera de preço."

Cfr. Almeida COSTA, «Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – Notas de direito comparado», Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, 1/1 (1980) 49.

#### 13. "Designadamente:

- a venda de coisa futura, a produzir, em que a propriedade se transfere com o termo do acto de produção;
- a venda de coisa alheia, em que a propriedade se transfere com a aquisição da propriedade pelo vendedor;
- a venda de coisa genérica, em que a propriedade se transfere com a concentração ou especificação;
- a venda de coisa indeterminada, em que a propriedade se transfere com a determinação;
- a venda com prestação alternativa, em que a propriedade se transfere com a escolha;
- a empreitada com materiais a fornecer pelo empreiteiro, em que a propriedade se transfere com a aceitação da coisa móvel entregue ou à medida que os materiais são incorporados no solo;
- a venda de parte integrante, em que a propriedade se transfere com a separação;
- a venda de frutos naturais ainda não colhidos, em que a propriedade se transfere com a colheita.

As «excepções» abrangem ainda os contratos celebrados sob reserva de propriedade para o vendedor, isto é, todos aqueles em que a transmissão da propriedade depende da verificação de um qualquer evento previsto no contrato, designadamente:

- a compra e venda a prestações, quando se acorde que a propriedade se transfere com o pagamento da última prestação pelo comprador;
- a compra e venda com transmissão a termo inicial, em que a propriedade se transfere na data posterior pré-fixada no contrato;
- a compra e venda em que se acorde que a propriedade se transfere com a ocorrência de qualquer outro evento, incluindo a entrega da coisa vendida ou o registo da propriedade sobre essa coisa."

Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 7 e ss. No mesmo sentido, *vide* Maria Clara Sottomayor, *Invalidade e Registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 185 e ss.

a inverter a relação entre a regra e a excepção. Para a transmissão por mero efeito do contrato sobra apenas um lugar residual, cuja aplicação se circunscreve aos casos, agora os menos frequentes, em que nenhuma outra regra se aplica". 14

- "Apesar das afirmações divergentes, as regras dos artigos 408 e 409, bem como outras regras sobre a transmissão negocial da propriedade ou sobre algum dos seus efeitos (...), têm natureza supletiva". <sup>15</sup>
- "Além de não se vislumbrar qualquer interesse geral em contrário, tal resulta da própria lei, na medida em que a reserva de propriedade, isto é, a transmissão da propriedade em momento posterior ao contrato, pode ser pactuada com referência a qualquer evento. A circunstância de a prática jurí-dica portuguesa actual restringir a reserva de propriedade à função de garantia do vendedor não pode obscurecer nem contrariar a amplitude da norma permissiva, que não exclui outros eventos determinantes da transmissão da propriedade, como o decurso do tempo, a entrega da coisa vendida ou o registo da propriedade sobre essa coisa". 16
- A doutrina tradicional e dominante desvaloriza a função dos factos complementares que podem assumir natureza diversa: simples factos jurídicos naturais; actos jurídicos de terceiros; actos jurídicos do adquirente; actos jurídicos do alienante.<sup>17</sup> E, "em todas estas hipóteses, a transmissão da propriedade exige a ocorrência sucessiva de dois factos jurídicos, pelo menos: o contrato

<sup>14.</sup> Idem, 183 e 184.

<sup>15.</sup> Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 9 e ss. No mesmo sentido, vide Assunção Cristas/Mariana F. Gouveia, «Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda. Estudo de direito comparado dos direitos português, espanhol e inglês», in Cristas — Gouveia — NEVES, Transmissão da Propriedade e Contrato, Coimbra, 2001, 55 e ss., e 131 e ss.; Maria Clara Sottomayor, Invalidade e Registo — A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé, 189 e 192-193.

<sup>16.</sup> Cfr. Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 10-11.

<sup>17.</sup> Cfr. Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 11:

"- simples factos jurídicos naturais (por exemplo, o tempo, na venda a termo inicial; o nascimento de animais, na venda de frutos naturais) ou humanos (por exemplo, o fabrico da coisa, na venda de coisa futura; a separação, na venda de parte integrante); - actos jurídicos de terceiro: por exemplo, a concentração por terceiro, na venda de coisa genérica; a aquisição da propriedade por terceiro a favor do vendedor ou do comprador, na venda de coisa alheia; a entrega da coisa vendida pelo transportador ao comprador, na venda com reserva de propriedade;

<sup>-</sup> actos jurídicos do adquirente: por exemplo, a concentração, a determinação ou a escolha, quando estejam a cargo do comprador; o pagamento integral do preço, na

entre (os futuros) alienante e adquirente e um outro facto complementar geralmente desprovido de natureza contratual."<sup>18</sup>

- "Para que um acto seja dispositivo basta que seja um acto necessário para a transmissão, seja qual for a razão por que é exigível." <sup>19</sup>
- "A transmissão da propriedade decorre assim de um processo, em que cada um dos factos componentes é requisito necessário, embora não seja requisito suficiente, para a verificação daquele efeito. A causa da transmissão é, portanto, complexa, não se podendo dizer, com rigor, que a transmissão é efeito directo do contrato, quando, na realidade, é efeito da ocorrência conjugada do contrato e do facto complementar. A transmissão da propriedade é, portanto, nestes casos, efeito de um facto complexo de formação sucessiva". <sup>20-21</sup>

venda com reserva de propriedade com função de garantia; a aceitação da obra, na empreitada de obra com materiais a fornecer pelo empreiteiro;

- 18. Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 11.
- 19. Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 12.
- 20. Ferreira de Almeida, «Transmissão contratual da propriedade», 10-11; Maria Clara SOTTOMAYOR, *Invalidade e Registo A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 191.
- 21. Como ensina Manuel de ANDRADE, Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II: Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 11, existem factos jurídicos simples e factos jurídicos complexos.
  - "Os primeiros constam dum só elemento. Exemplos: o nascimento ou a morte duma pessoa, um negócio jurídico unilateral. Os segundos constam duma pluralidade de elementos, isto é, de vários factos jurídicos simples. Dentro desta categoria há que distinguir os factos jurídicos complexos *de formação simultânea ou instantânea* e os factos jurídicos complexos *de formação sucessiva*. Naqueles os diversos elementos que os integram concorrem ao mesmo tempo. É o que se verifica, por vezes, nos contratos entre presentes. Nos outros os diversos elementos constitutivos do facto complexo concorrem ou produzem-se em momentos sucessivos. É o caso, por exemplo, dos contratos entre ausentes e sobretudo o da prescrição aquisitiva ou usucapião. (...) Os factos jurídicos complexos de formação sucessiva, enquanto não se produz o último elemento da série legalmente necessária, dizem-se *incompletos*, *imperfeitos* ou *em formação* (*in itinere*). Até esse momento não podem surtir os seus efeitos próprios, mas

<sup>-</sup> actos jurídicos do alienante: por exemplo, a concentração, a determinação ou a escolha, quando estejam a cargo do vendedor, como sucede sempre (mas não só) que tais actos coincidam com o cumprimento da sua prestação, através da entrega da coisa vendida; a aquisição da propriedade, na venda de coisa alheia; a entrega da coisa vendida ou o registo da propriedade sobre essa coisa requerido pelo vendedor, quando algum desses actos constitua o evento acordado para a transmissão da propriedade."

3. Posição adoptada: a Constituição ou transferência de direitos reais dá-se por efeito do contrato e as excepções ressalvadas por lei a que se refere o n. 1 do art. 408 dizem apenas respeito àqueles casos em que o legislador, para a produção do efeito real, não se basta com o título, exigindo, ainda, a verificação de um modo

Como resulta do anteriormente exposto, não concordamos com estes Autores, pela singela razão de que partimos de pressupostos e utilizamos conceitos diversos.<sup>22</sup>

Nomeadamente, consideramos, por um lado, que o princípio da consensualidade em matéria de Direito das Coisas, na sua rigorosa acepção técnico-jurídica, significa que – nos direitos reais convencionalmente estabelecidos – para a produção do efeito real basta, em regra, um título, não sendo necessário um modo.

Por outro lado, utilizamos a expressão título e modo com um significado muito preciso:

"«título» («titulus adquirendi», «título de aquisição»), em sentido amplo, é o fundamento jurídico ou a causa que justifica a aquisição («causa adquirendi»), podendo abranger, em princípio, todas as razões em que se funda a aquisição de um jus in re (lei; sentença; acto jurídico, unilateral ou contratual); e, em sentido estrito, é o acto em que se firma, institui ou enraíza a vontade de atribuir (transmitir ou constituir) e de adquirir o direito real".<sup>23</sup>

«Modo» («modus adquirendi», «modo de aquisição»), por seu turno, é o acto pelo qual se realizam efectivamente a atribuição e a aquisição do direito real ou, se se preferir, um acto ad hoc de produção do efeito real, diferente do acto em que se exprime a vontade de o alcançar. Ou seja, "numa rigorosa acepção técnico-jurídica, é o específico acto em que se sensibiliza e executa a vontade (de atribuir e de adquirir o ius in re) firmada no título.<sup>24</sup>

podem ir desde logo originando certos efeitos menores *preparatórios* ou *preliminares* daqueles outros."

<sup>22.</sup> Os únicos que, na nossa perspectiva, podem assumir relevância na análise do princípio da consensualidade.

<sup>23.</sup> Cfr. Orlando de CARVALHO, *O Direito das Coisas*, 270; Vassalo de ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (art. 1256 do Código Civil)», 75 nota 32.

<sup>24.</sup> Orlando de CARVALHO, O Direito das Coisas, 270 Idem.

Por fim, tal como Orlando de Carvalho, entendemos que o adjectivo «mero» é utilizado, no art. 408, n. 1, do Código Civil, como um simples reforçativo.

Por isso, segundo o nosso entendimento, em regra, a constituição ou transferência de direitos reais dá-se por *efeito do contrato* e as excepções ressalvadas, às quais se refere a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil, dizem apenas respeito àqueles casos em que o legislador, para a produção do efeito real, não se basta com o título, exigindo, ainda, a verificação de um modo – ou seja, àqueles casos em que, na expressão de Orlando de Carvalho, *se inclui um modo no título*. Em concreto: o contrato de hipoteca que deve aceder ao Registo, sob pena de não produzir efeitos sequer *inter partes* (art. 687 do Código Civil e n. 2 do art. 4. do Cód.Reg.Pred.); o penhor de direitos de crédito, que depende da notificação do devedor (art. 681, n.2, do Código Civil); os negócios reais que para além de o serem *quoad effectum*, também o são *quoad constitutionem*, ou seja, aqueles que não prescindem, para a produção dos efeitos que visam, do acto material da entrega da coisa que, por isso, assume, em relação ao contrato, natureza verdadeiramente constitutiva (arts. 669.º e 947.º, n. 2 do Código Civil e art. 101.º do Código de Valores Mobiliários).<sup>25-26</sup>

Portanto, não cabe nas excepções legais uma qualquer hipótese em que o efeito real não se produza imediatamente, mas diferidamente, por estar depende da verificação de um qualquer acto complementar posterior.<sup>27</sup>

<sup>25.</sup> Quem entenda que do contrato-promessa dotado de "eficácia real" e do pacto de preferência dotado de "eficácia real" surgem direitos reais de aquisição, mas apenas após os respectivos registos, também há-de afirmar que estas hipóteses são abarcadas pelas excepções legais referidas na parte final do n.º 1 do art. 408.º do Código Civil, surgindo o registo como o *modus adquirendi* do direito real de aquisição.

<sup>26.</sup> Coutinho de ABREU, Curso de Direito Comercial, II, Das Sociedades, 3. ed. Coimbra. Almedina, 2009, 376-378, defende que existem mais excepções ao princípio da consensualidade consagradas no Código de Valores Mobiliários, designadamente, no n.º 1 do art. 80.º e no n.º 1 do art. 102.º.

<sup>27.</sup> No mesmo sentido, *vide* Pedro de Albuquerque, «Contrato de compra e venda. Introdução, efeitos essenciais e modalidade», in *Direito das Obrigações*, vol. III, lições coordenadas por António Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa, AAFDL, 1991, 26 e ss. Em sentido contrário manifesta-se Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 593-594, afirmando que o adjectivo «mero» serve "para vincar que nos contratos com o referido objecto [coisa determinada], a regra é a constituição ou transferência do direito *unicamente* por efeito do contrato, de modo que as excepções podem consistir em o referido efeito ser produzido pelo contrato, mas *não só por ele*, isto é, não será efeito *mero* do contrato, mas será *efeito do contrato*, acompanhado por algum outro acto ou facto".

Partindo dos pressupostos acabados de expor, consideramos que todas as hipóteses apresentadas, pelos referidos Autores, como excepções ao princípio da consensualidade, <sup>28</sup> efectivamente, não o são. <sup>29</sup>

# 3.1. Análise do n. 2 do art. 408 do Código Civil

Como acabámos de referir, as hipóteses apresentadas que se integram no n. 2 do art. 408 do Código Civil não se traduzem em excepções ao princípio da consensualidade. Na verdade, a generalidade apenas tem a ver com os requisitos do objecto de um ius in re e com a consequente impossibilidade de produção de qualquer efeito real enquanto inexistir coisa;<sup>30</sup> não com a exigência de verificação de um qualquer modus adquirendi.

#### Explicitando:

De acordo com o art. 408, n. 2, do Código Civil português,

"se a transferência respeitar a coisa futura ou indeterminada, o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante ou determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas e do contrato de empreitada; se, porém, respeitar a frutos

Assim, não cabe na noção jurídica de coisa um objecto que não tenha existência autónoma, isto é, que não tenha uma entidade distinta e separada ou que não esteja individualizado. A este propósito, vide, por todos: Orlando de CARVALHO, *Direito das Coisas*, 210 e ss., e 220 e ss.; Mota Pinto, *Direitos Reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, 1971, 82 e ss.; Henrique MESQUITA, *Direitos Reais*, *Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, João Abrantes, 1967, 12 e ss.; João Calvão da Silva, «Cumprimento e sanção pecuniária compulsória», 84 nota 191.

<sup>28.</sup> Vide nota 16.

<sup>29.</sup> No mesmo sentido, *vide* Vassalo de ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (art. 1256 do Código Civil)», 75 nota 32.

<sup>30.</sup> Sendo o direito real um poder directo e imediato sobre uma coisa, naturalmente, enquanto não existir coisa não pode existir um direito real, soberania ou domínio e, consequentemente, qualquer outro direito que já possa existir é desprovido de eficácia *erga omnes*, de sequela e, salvaguardadas as excepções previstas na lei, de preferência/prevalência.

Ora, segundo a melhor doutrina, o conceito de coisa abarca, além de outros, os seguintes elementos:

<sup>-</sup> objecto com existência autónoma e

objecto apropriável, susceptível de subordinação jurídica ao poder, acção ou disponibilidade exclusiva de alguém.

naturais ou a partes componentes ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da colheita ou separação."

Do preceito transcrito decorre que os direitos reais só podem incidir sobre coisas *presentes* – "que existam já em poder do alienante (no caso de interceder uma aquisição derivada)" <sup>31</sup> –, não em face de coisas inexistentes, absolutamente futuras ou relativamente futuras. <sup>32</sup> E, ainda, que os direitos reais têm, necessariamente, por objecto coisas *certas*, *determinadas* – nunca coisas genéricas ou indeterminadas <sup>33</sup> – e *autonomizadas juridicamente*.

Em relação a "coisas" que são já, de algum modo, certas e determinadas (mas ainda não separadas ou autonomizadas de outras coisas – como é o caso dos frutos naturais pendentes, das partes componentes e das partes integrantes),<sup>34</sup>

- 31. Cfr. Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas. 212-213.
- 32. É essa a razão que conduz à nulidade da venda de coisa inexistente ou absolutamente futura, bem como a que determina que, na venda de coisa relativamente futura, só se transfira o direito quando a coisa for adquirida pelo alienante.
  - Não obstante a letra do art. 211.º do Código Civil não definir rigorosamente coisa futura porque, ao afirmar que coisas futuras são aquelas que não estão no poder do disponente ou a que este não tem direito ao tempo da declaração negocial, não permite distinguir coisa relativamente futura perante coisa absolutamente futura, alheia e inexistente –, como se sabe, uma coisa é relativamente futura se já existe, mas ainda não está em poder do disponente no momento da declaração negocial, tendo aquele, todavia, uma legítima expectativa de vir a adquiri-la e sendo o contrato realizado na perspectiva ou suposição (de ambas as partes, claro está) de que ela virá a entrar no património do alienante. Uma coisa é absolutamente futura se ainda não existe, mas é esperada. Por seu turno, a coisa é alheia se já existe, mas não está em poder do disponente e este não tem a legítima expectativa de a vir a adquiri. Por fim, a coisa inexistente é aquela que ainda não existe nem na disponibilidade do disponente nem de quem quer que seja e aquele não espera vir a adquiri-la.
- 33. Por isso, na venda de coisa genérica ou indeterminada o direito real só se transfere, respectivamente, com a concentração ou especificação e com a determinação e na venda com prestação alternativa, a transferência ocorre só com a escolha.
- 34. "Nos termos do n.º 3 do art. 204.º do Código Civil, as partes integrantes são as coisas móveis unidas materialmente com carácter de permanência a um imóvel para lhe aumentar as utilidades, na medida em que servem para o tornar mais produtivo, cómodo, seguro, *etc.* (por exemplo, um engenho de tirar água, um aparelho de ar condicionado, um alarme, uma antena de televisão). As partes integrantes estão, portanto, postas ao serviço do prédio, desempenham relativamente a ele uma função auxiliar ou instrumental. Na definição legal está compreendida a ideia de ligação permanente que é habitual associar ao conceito de incorporação. No entanto, como coisas móveis ligadas materialmente ao prédio, mas não incorporadas nele, as partes integrantes mantêm a sua individualidade, embora seja enquanto partes que conseguem realizar, ou realizam

há que afirmar que, tratando-se de "coisas" passíveis de identificação na sua individualidade, mas encontrando-se estreitamente conexas com uma coisa diferente, não podem ser objecto de direitos reais diversos dos que incidem sobre a coisa principal a que se encontram ligadas. De facto, só depois de se produzir a desafectação ou separação é que podem ser objecto de um direito real distinto.<sup>35</sup>

O que equivale a dizer-se que sobre o que só existe como parte de um todo mais vasto não podem constituir-se relações jurídico-reais com individualidade própria.

Portanto, como resulta do exposto, o n. 2 do art. 408 do Código Civil não se traduz em qualquer excepção ao princípio da consensualidade, uma vez que através do referido preceito o legislador não faz depender a produção do efeito real da verificação de um qualquer modus adquirendi. "Limita-se", isso sim, a consagrar, nas palavras de Orlando de Carvalho, o princípio da actualidade ou da imediação<sup>36-37</sup> e o princípio da especialidade ou da individualização.

- melhor, a sua finalidade económica específica. Acresce que podem ser levantadas sem prejuízo do prédio a que estão ligadas. Ou seja, não são elementos da estrutura da coisa, uma vez que esta, sem elas, não deixa de existir completa e prestável para o uso a que se destina. Ao invés, as partes componentes são constituintes da estrutura da coisa (por exemplo, uma janela, a porta de entrada, o telhado), sem as quais a coisa não está completa, ou é imprópria para o uso a que se destina. São elementos que servem para formar o todo. Têm individualidade própria, porque podem ser negociadas, mas não podem ser levantadas sem prejuízo da coisa a que se encontram ligadas."
- Mónica JARDIM/Margarida Costa ANDRADE, «O desaparecimento e recomposição de imóveis a perda, a acessão e a demarcação», *Revista do CEDOUA*, 12/24/2 (2009) 60 nota 12.
- 35. Daí que o n.º 2 do art. 408.º do Código Civil determine que na venda de partes integrantes ou de frutos a transferência do direito só ocorra, respectivamente, no momento da separação ou da colheita.
  - Acrescente-se que as coisas certas, determinadas e autónomas que, por um qualquer motivo, percam a sua autonomia e passem a ser partes componentes ou integrantes de uma coisa principal deixam de poder ser objecto de relações jurídico-reais autónomas, enquanto assim permanecerem (art. 408.º, n.º 2).
  - Ou seja, se é verdade que só há um direito real se este incidir sobre coisa que já exista, também é verdade que só estamos perante um direito real se este incidir sobre coisa que ainda exista e esteja subordinada ao domínio ou soberania de uma pessoa. (Entre outros, *vide* Henrique MESQUITA, *Direitos Reais*, 12 e ss.).
- 36. Como resulta do anteriormente exposto, naturalmente, não se pode exercer *imediatamente* o poder sobre uma "coisa" futura. Por isso, o direito real só pode incidir sobre coisas presentes, ao contrário do que ocorre com os direitos de crédito (cfr., v.g., o art. 880). De facto, só há direito real em face de coisas com existência actual que estejam já em poder do disponente, não em face de "coisas" simplesmente futuras.
- 37. Refira-se que não são excepções ao princípio da actualidade, "contra o que, à primeira vista, poderia parecer, as regras que, em matéria de venda de coisa alheia, põem certas restrições à nulidade com que o Código Civil sanciona essa

Ou, indo mais longe, o referido preceito legal é apenas uma decorrência do próprio conceito de coisa ou daquilo que pode ser objecto de um direito real, dado que, enquanto não houver coisa, existe uma impossibilidade legal objectiva de o contrato produzir efeitos reais. Assim, a "eficácia real" fica, necessariamente, diferida, ou seja, o contrato começa imediatamente a produzir efeitos obrigacionais, mas só poderá fazer surgir um direito real se e quando passar a existir a coisa.

A este propósito, cumpre ainda sublinhar que, como é evidente, os pressupostos ou requisitos, supra referidos, do objecto de um direito real, não são exclusivos do nosso ordenamento jurídico ou dos ordenamentos que consagram o princípio da consensualidade e, consequentemente, adoptam o "sistema do título". De facto, naturalmente, são comuns a todos os sistemas de atribuição e de aquisição de direitos reais.

E, obviamente, nos "sistemas de modo" e nos "sistemas de título e do modo" – que não consagram, claro está, o princípio da consensualidade –<sup>38</sup> o acto que conduza à verificação dos requisitos necessários para que se esteja perante uma coisa – um bem susceptível de ser objecto de um direito real – nunca é denominado, em sentido técnico-jurídico rigoroso, como um modo.<sup>39-40</sup>

venda (ver o art. 892.°) ou o regime da validade que se consagra para ela no Código Comercial (ver o art. 467.°, n.° 2, desse Código). É que tais restrições ou tal regime visam, sem dúvida, proteger o comprador de boa fé ou favorecer a circulação dos bens, mas não derrogam o disposto no art. 408.°, 2, do Código Civil, que proclama que, «se a transferência respeitar a coisa futura (...), o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante ...». A validade ou não impugnabilidade da venda *a non domino* protege a situação do adquirente, mas não ao ponto de o transformar em senhor do *ius in re*. Pois, de outro modo, o adquirente não seria obrigado a abrir mão da coisa, quando vindicada pelo *dominus*, ao contrário do que efectivamente acontece e claramente resulta do direito a perdas e danos que a lei lhe atribui, uma vez evicto, e da obrigação de convalidação que a lei impõe ao vendedor (cfr. arts. 894.° e segs. do Código Civil, e art. 467.°, § ún., do Código Comercial). (...) No mesmo sentido, para as aquisições *a non domino* efectuadas a comerciante, cfr. ainda o art. 1301.° do Código Civil."

Orlando de CARVALHO, Direito das Coisas, 219-220 nota 6.

<sup>38.</sup> A propósito destes sistemas vide Mónica JARDIM, Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos de Registo, 48 e ss.

<sup>39.</sup> Neste sentido, *vide* Vassalo de ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (art. 1256 do Código Civil)», 75 nota 32.

<sup>40.</sup> Além das hipóteses apresentadas no texto, Ferreira de Almeida refere-se ainda à empreitada com materiais a fornecer pelo empreiteiro como uma excepção ao princípio

### 3.2. Análise do n. 1 do art. 409 do Código Civil

Quanto às hipóteses – apresentadas por Ferreira de Almeida e, na sua esteira, por Clara Sottomayor – que se integram no n. 1 do art. 409 do Código Civil – e que, segundo o primeiro Autor, envolvem eventos com "a natureza de condição imprópria ou de termo impróprio, porquanto afectam apenas uma parte dos efeitos contratuais": os reais –, na nossa perspectiva, como também já referimos, não obstante conduzirem ao diferimento da produção do efeito real, não podem ser incluídas nas excepções a que alude a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil, uma vez que não supõem a ocorrência de um modo no sentido adoptado e, portanto, não conduzem a que o nosso sistema do título se aproxime, por qualquer forma, do sistema do título e do modo.

Mas, vejamos com mais detalhe.

De acordo com o preceituado no n. 1 do art. 409 do Código Civil:

"Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento."<sup>41</sup>

Em face deste preceito, numa primeira impressão, poder-se-ia afirmar que, apesar de o art. 408, n. 1, do Código Civil barrar formalmente as excepções contratuais ao princípio da consensualidade, o art. 409, n. 1.º, do mesmo diploma legal, lhes franqueia a entrada ao considerar lícita, nos contratos de alienação, a reserva de propriedade da coisa até ao cumprimento total ou par-

da consensualidade, uma vez que, na sua perspectiva, na pura lógica deste princípio, "a transmissão da propriedade sobre bens móveis deveria verificar-se com a conclusão da obra pelo empreiteiro e não com a sua aceitação pelo dono da obra", como ocorre nos termos do art. 1212.º do Código Civil.

Não obstante, também nesta hipótese não identificamos qualquer excepção ao princípio da consensualidade, pelo simples facto de em causa não estar um contrato que tenha por função típica a transmissão de direitos reais, não se confundindo, portanto, por exemplo, com a compra e venda. Efectivamente, mesmo que os materiais da obra sejam fornecidos, no todo ou na sua maior parte, pelo empreiteiro (art. 1212.º, n.º1), a nota essencial da empreitada é sempre dada pela realização da obra (art. 1207.º) "que sendo um acto in fieri se não confunde nunca com um direito implantado ou a inserir na esfera jurídica do alienante". (Neste sentido, vide Pires de LIMA/Antunes VARELA, Código Civil Anotado, vol. II, 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 167).

<sup>41.</sup> A reserva de propriedade apenas teve consagração entre nós com o actual Código Civil. Acresce que na doutrina mais antiga nem sequer se encontram referências à figura em apreço.

cial das obrigações da outra parte *ou até à verificação de qualquer outro evento*, <sup>42</sup> *prevendo, assim, uma excepção legal ao* art. 408, n. 1, através da qual pode penetrar "a vontade das partes até onde lho permitir a interpretação da palavra «evento»". <sup>43</sup> Por outra via, numa primeira impressão, poder-se-ia afirmar que, formalmente, o art. 408, n. 1, estabelece uma regra, mas que o art. 409 é uma excepção amplíssima prevista na lei, que dá relevância à vontade das partes na fixação de qualquer evento e, portanto, em virtude deste preceito legal, as partes podem subordinar a produção do efeito real à prévia ocorrência de um *modus adquirendi*, consagrando, consequentemente, o art. 408, n. 1, do Código Civil uma norma supletiva.

No entanto, segundo o nosso entendimento, como resulta do exposto, esta não é a interpretação correcta, pelas razões que de seguida se apresentam.

– O legislador, ao referir-se, no n. 1 do art. 409 do Código Civil, a qualquer outro evento – para além do cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte – apenas pode ter concedido às partes a possibilidade de introduzirem cláusulas através das quais difiram a eficácia real, já não cláusulas através das quais subordinem a produção do efeito real à prévia verificação de um modus adquirendi, uma vez que, quanto à inadmissibilidade destas cláusulas, já se havia pronunciado, na parte final do n. 1 do art. 408, ao referir-se às excepções previstas na lei e não a excepções criadas pelos contraentes.<sup>44</sup>

Assim, consideramos que o legislador, através do n. 1 do art. 409 do Código Civil, apenas pretendeu deixar claro que, não obstante o efeito real ser um efeito do mero contrato – salvaguardadas as excepções por si impostas –, pode ser diferido e não ocorrer com a celebração do mesmo, bastando, para tanto, que as partes assim o convencionem. 45

<sup>42.</sup> Assim, a reserva pode ser ligada ao pagamento do preço em prestações, ao pagamento total do preço ou, ainda, a qualquer evento sem conexão com o cumprimento da obrigação do comprador ou da outra parte.

<sup>43.</sup> A frase é de Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 597. No entanto, advirta-se que este Autor defende a natureza imperativa do n.º 1 do art. 408.º do Código Civil.

<sup>44.</sup> O n.º 1 do art. 409 do Código Civil só tem de ser considerado como uma excepção ao n.º 1 do art. 408.º por quem entenda, tal como Raúl Ventura, que a expressão «mero» não é utilizada como um simples reforçativo e, por isso, afirme que a regra é a da produção imediata ou instantânea do efeito real por efeito do contrato.

<sup>45.</sup> A tal não obsta, obviamente, o princípio da taxatividade, uma vez que, como se sabe, se é certo que não podem constituir-se tipos de direitos reais além dos que o sistema prevê (cfr. art. 1306.º), também é indubitável que os tipos admitidos não são fecha-

Provavelmente, foi por isso que o legislador integrou o preceito da reserva da propriedade imediatamente após haver consagrado o princípio da consensualidade, <sup>46</sup> não obstante dar-lhe depois particular relevo na secção referente à venda a prestações (cfr. art. 934.º do Código Civil).

dos, consentindo, por isso, a intervenção da vontade das partes na medida em que não os descaracterize. A título de exemplo, sobre a possibilidade de as partes modelarem o conteúdo dos direitos reais, cfr.: art. 1406.º (acordo sobre o uso da coisa comum); art. 1412.º (cláusula de indivisão); art. 1418.º, n.º 2 (conteúdo facultativo do título constitutivo da propriedade horizontal); art. 1424.º (disposição sobre a participação dos condóminos nas despesas necessárias à conservação e fruição de partes comuns); art. 1445.º (direitos e obrigações do usufrutuário); art. 1530.º (estipulação a título de preço do cânone superficiário); 1544.º (conteúdo das servidões); art. 1564.º (modo de exercício das servidões); art. 1567.º, n.º 4 (obrigação de custear as obras a cargo do proprietário do prédio serviente).

No entanto, como resulta do exposto, as partes não podem, por exemplo, convencionar que verificado um determinado evento futuro e certo o direito de propriedade se extinguirá, uma vez que, de acordo com o n.º 2 do art. 1307.º do mesmo diploma legal, "a propriedade temporária só é admitida nos casos especialmente previstos na lei", o que vale por dizer que à propriedade não pode ser aposto um termo resolutivo, fora das hipóteses expressamente previstas na lei.

Do acabado de afirmar, torna-se manifesto que o princípio da taxatividade, em matéria de direitos reais, não subverte a liberdade contratual. Uma vez que, se é verdade que as partes não podem criar novos direitos reais, também é incontestável que no título "contrato" são livres de introduzir as cláusulas que lhes aprouver, desde que, claro está, as mesmas não contrariem regras injuntivas (cfr. art. 405.º do Código Civil). Assim, quando o legislador estabelece, no 1316.º do Código Civil, que a propriedade se estabelece por "contrato", naturalmente, não proíbe os contraentes de estabelecerem as cláusulas contratuais que entenderem, conquanto não descaracterizem o direito real.

46. No anteprojecto do Código Civil, Galvão Telles inseriu a norma referente à cláusula de reserva de propriedade no capítulo referente à compra e venda. Cfr. Galvão TELLES, «Contratos Civis – Projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 9-10 (1953-1954).

Vaz Serra opôs-se a tal colocação, defendendo que o regime da reserva deveria ser formulado com carácter mais geral, apesar de ser na compra e venda que ela teria mais relevância (Cfr. Vaz SERRA, «Efeitos dos contratos – Princípios gerais», *Boletim do Ministério da Justiça*, 74 [1958] 356). No entanto, tal não justifica a inserção sistemática da norma sobre reserva de propriedade após o art. 408.º do Código Civil, sobretudo quando sabemos, por um lado, que a figura acabou por ser regulamentada na secção da venda a prestações e, por outro, que as normas da compra e venda se aplicam "aos outros contratos onerosos pelos quais se alienam bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas" (cfr. art. art. 939.º do Código Civil).

Em Itália, onde se admite a compra e venda obrigatória, e parte da doutrina apresenta a venda com reserva de propriedade – que supõe o fraccionamento do preço em prestações e termina com o pagamento da última prestação<sup>47</sup>
como um exemplo daquela, nem por isso se afirma que, nesse caso, o efeito real não é apenas e só efeito do contrato. Não se colocando, portanto, em causa o princípio consensualístico.

Mas vejamos com mais pormenor o acabado de afirmar, embora sucintamente.

A doutrina italiana, não obstante distinguir *contratos translativos* e *contratos meramente obrigacionais* – *os primeiros* transferem um direito (real ou de outra natureza) ou constituem um direito real limitado; os segundos produzem efeitos meramente obrigacionais, uma vez que só geram obrigações<sup>48</sup> –, perante as

- No *Codice Civile* a cláusula de reserva de propriedade é regulada na secção relativa à compra e venda de coisas móveis (*cfr. art.* 1523 *a* 1526), mas é defendida, de forma praticamente incontestada, a possibilidade da sua inserção na compra e venda de imóveis.
- 47. De facto, segundo o art. 1523 do Código Civil italiano, a reserva de propriedade apenas é admitida na hipótese de fraccionamento do preço em prestações. A redacção deste art. é a que passamos a transcrever:
  - "Na venda a prestações com reserva de propriedade, o comprador adquire a propriedade da coisa com o pagamento da última prestação do preço, mas assume os riscos desde o momento da entrega." (tradução nossa).
- 48. Como se sabe, ao nível do direito comparado, é habitual distinguir, tendo em conta os seus efeitos, dois tipos de compra e venda: a obrigacional e a real.
  - Exemplo da primeira é, como por diversas vezes já referimos, a compra e venda nos ordenamentos jurídicos alemão e austríaco. De facto, como vimos, nestes países, a compra e venda é um contrato bilateral em que apenas se manifesta a vontade de atribuir e adquirir o direito real e que, portanto, apenas gera efeitos obrigacionais. O efeito real depende, além do mais, de um posterior negócio de disposição que é o acordo executivo das obrigações firmadas no negócio obrigacional de compra e venda.
  - Ainda um outro exemplo de compra e venda obrigacional é a existente em Espanha, uma vez que, como se referiu, apesar de não ser feita qualquer diferenciação entre negócio obrigacional e negócio de disposição, o contrato é considerado insuficiente para a produção do efeito real, exigindo-se a entrega da coisa ou *traditio* como *modus adquirendi* (cfr. art. 1905 do Código Civil). Assim, o negócio obrigacional/dispositivo ou título apresenta-se como a justa causa da atribuição patrimonial; a *traditio*, por seu turno, é o acto através do qual, efectivamente, se realiza ou consuma a referida atribuição/aquisição, o mesmo é dizer, é o acto que envolvendo, naturalmente, um acordo de vontade das partes tendente à execução do negócio gera a produção do efeito real.

Ao invés, a compra e venda apresenta-se como um negócio real nos ordenamentos jurídicos – como por exemplo, o francês e o italiano – que para além de não distin-

disposições legais existentes,<sup>49</sup> admite o que denomina como *compra e venda* obrigatória, a par da *compra e venda real*.<sup>50</sup>

De facto, segundo a doutrina em apreço, os contratos translativos comportam uma subdivisão em *contratos reais* e *contratos obrigatórios*; nos primeiros, a transmissão do direito ou a constituição do direito real limitado produz-se por efeito do simples consenso manifestado no contrato; nos segundos, a transmissão do direito, *enquanto efeito do próprio contrato*, supõe o prévio cumprimento da obrigação de fazer o comprador adquirir a coisa ou o direito.

Assim, a doutrina italiana atribui sempre à compra e venda a natureza de um negócio translativo e reconhece-lhe, em regra, a natureza de *negócio translativo real*, mas admite a existência de vendas que se traduzem em *contratos* 

guirem entre negócio obrigacional e negócio real consagram o princípio da consensualidade. A este propósito, por todos, vide Galvão TELLES, «Venda obrigatória e venda real», Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 5 (1948) 76 e ss.; Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 588; Paulo Olavo CUNHA, «Venda de bens alheios», Revista da Ordem dos Advogados, 47/2 (1987) 427 e ss.; Yara MIRANDA, Venda de coisa alheia, Themis, 6/2 (2005) 111 e ss.

- 49. O art. 1470 do Código Civil italiano define a venda como "o contrato que tem por objecto a transferência da propriedade duma coisa ou a transferência de um outro direito mediante a contrapartida de um preço." (tradução nossa). De acordo com o art. 1376, "nos contratos que têm por objecto a transferência da propriedade de uma coisa determinada, a constituição ou a transferência de um direito real ou a transferência de um outro direito, a propriedade e o direito transmitem-se e adquirem-se por efeito do consenso das partes legitimamente manifestado". (*Idem*). Mas, o n. 2 do art. 1476 enumera entre as obrigações do vendedor, perante o comprador, «quella de fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto».
- 50. A propósito da compra e venda obrigatória, vide, entre outros, na doutrina italiana, vide: Alessandro Rizzieri, La Vendita Obbligatoria, Milano: Giuffrè, 2000; Cavallo BORGIA, Profili Giuridici della Vendita di Cosa Altrui, Milano: Giuffrè, 1972; Giacomo GAZZARA, La Vendita Obbligatoria, Milano: Giuffrè, 1957; Gino GORLA, «La compravendita e la permuta», in Filippo Vassali, dir., Trattato di Diritto Civile Italiano, vol. 7, Torino: Utet, 1937; Massimo BIANCA, «La vendita e la permuta», in Trattato di Diritto Civile Italiano fondato da Vassalli, vol. 7, t. 1, Torino, UTET, 1993, 742 e ss.; Paolo GRECO/Gastone COTTINO, Della vendita, in SCIALOJA BRANCA, a cura di, Commentario del Codice Civile, Libro quarto, 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1981. Na doutrina portuguesa, por todos, vide: Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 589 e ss.; Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 7 e ss.; Clara SOTTOMAYOR, Invalidade e Registo A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé, 193; Yara MIRAN-DA, «Venda de coisa alheia», 111 e ss.

translativos obrigatórios, cuja especialidade consiste em ser criada, pelo contrato, uma fase intermédia entre a celebração daquele e o momento em que a transmissão do direito se opera, fase essa de natureza obrigacional compatível com a atribuição do efeito translativo ao próprio contrato.

O traço característico e individualizador de toda a venda obrigatória é que obriga o vendedor a fazer o comprador adquirir a coisa ou o direito.

Como resulta do exposto, a venda obrigatória – e, portanto, segundo boa parte da doutrina italiana, a venda com reserva de propriedade – não é um contrato em que o efeito translativo seja consequência de um posterior acordo translativo, ou de um *modus adquirendi*. De facto, na venda obrigatória o efeito real é apenas diferido, sendo sempre um efeito do consenso contratual originário, sem que se torne necessário um novo acto translativo.<sup>51-52-53</sup>

51. Neste sentido vide: Alessandro Rizzieri, La Vendita Obbligatoria, 15; Di Majo, «Delle obbligazioni in generale», in Commentario Scialoja-Branca, sub. Artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 379; Francesco Alcaro, La Condizione nel Contratto tra Atto e Attivitá, Padova: Cedam, 2008, 237-238; Giovanna Visintini, Trattato della Responsabilità Contratuale, vol. II, Padova: Cedam, 2009, 63; Giulio Adilardi, Il Contratto Preliminare, Padova: Cedam, 2008, 63; Massimo BIANCA, La Vendita e la Permuta, 93-94; Patti SALVATORE/Vacca LETIZIA, Trattato delle Obbligazioni, vol. V: Le Figure Speciale, Padova: Cedam, 2010, 659; Paolo GRECO/Gastone COTTINO, «Della vendita», in Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1981, 9; Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 591.

Acrescente-se, por fim, que o diferimento do efeito real pode ocorrer em virtude das características do objecto do contrato – como, por exemplo, na compra e venda de coisas genéricas ou de coisas futuras –, da falta de poderes de disposição do vendedor – como na compra e venda de coisa alheia – ou da vontade das partes que, nos limites consentidos à autonomia privada, remetem para um momento posterior a produção do efeito real."

Cfr. Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 8.

- 52. Refira-se que um sector da doutrina não reconhece à venda com reserva de propriedade a natureza de venda obrigatória, por estipulação voluntária das partes, além do mais, porque o vendedor que reserva a propriedade não está obrigado a fazer o comprador adquirir a coisa ou o direito, não se verificando, portanto, a referida característica individualizadora da venda obrigatória. (A este propósito vide Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 9-12).
- 53. Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 596, além de considerar que não existe no direito português a categoria da venda obrigatória, uma vez que nunca existe qualquer obrigação com conteúdo igual ou semelhante ao da

obrigação de fazer adquirir o direito ou a coisa, conclui que "no nosso direito não há vantagem alguma em separar casos de venda real e casos de venda obrigatória".

Ao invés, Maria Clara SOTTOMAYOR, *Invalidade e Registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 192-194, considerando que no direito italiano a venda obrigatória apenas gera para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade ou de fazer adquirir a propriedade e que, por isso, se torna necessário um posterior negócio, entre o vendedor e o comprador, com carácter real: o contrato consensual propriamente dito, defende a admissibilidade da venda com efeitos meramente obrigacionais em Portugal, como alternativa ao contrato-promessa obrigacional, além do mais, porque considera que a mesma pode facilitar bastante as transacções de imóveis em construção. De facto, afirma:

"As operações económicas, em que, actualmente, se torna mais pertinente o recurso à compra e venda obrigacional, são as transacções de imóveis em construção. O mercado imobiliário é um bom exemplo para ilustrar a necessidade dos agentes económicos e do consumidor diferirem o efeito real do contrato de compra e venda, fora dos casos previstos na lei. É cada vez mais comum a intervenção de novos sujeitos, empresas de construção e de mediação, que contratam com particulares a alienação de imóveis ainda não construídos. Nestas situações, em virtude do risco urbanístico, de recusa de alguma autorização administrativa ou licença, ou do risco de o imóvel não assumir as características acordadas, o consumidor não tem interesse na celebração da compra e venda com eficácia real. Por outro lado, o construtor tem interesse em ter compradores potenciais, a fim de adquirir meios económicos para financiar a construção. Nestas operações económicas, o esquema utilizado costuma ser o contrato-promessa obrigacional, seguido da compra e venda definitiva, com carácter real. Mas nada impede as partes, de acordo com a posição por nós adoptada, de programar a produção do efeito real, de acordo com a sua vontade, celebrando, para além de fases preparatórias de natureza não negocial, um contrato de compra e venda definitivo, mas com eficácia meramente obrigacional, seguido de outro contrato com eficácia real. O diferimento do efeito real assume para ambas as partes uma função de garantia, permitindo ao construtor manter o direito de propriedade, até ao pagamento total do preço, e ao comprador, controlar a conformidade do processo de produção ao acordado, para não correr o risco de se tornar titular de um bem que não é aquele que estava programado adquirir. Esta possibilidade de celebrar uma venda obrigacional não equivale à venda de coisa futura, na medida em que, nesta última, o efeito real se produz, automaticamente, no momento em que termina a construção da coisa, sem que seja necessária uma ulterior actividade negocial."

Na nossa perspectiva, a "venda obrigacional" tal como é concebida por Clara Sottomayor, não é uma verdadeira venda, uma vez que lhe falta um dos seus elementos essenciais: a produção ou, pelo menos, a possibilidade de no futuro vir a produzir o efeito real. É apenas um contrato obrigacional atípico, admitido pelo princípio da liberdade contratual. Ou seja, segundo o nosso entendimento, antes do negócio real, as partes são completamente livres de estipularem negócios meramente obrigacionais, típicos ou atípicos e, desse modo, não violam, por qualquer modo, o princípio da

consensualidade, porque, naturalmente, não condicionam a produção do efeito real a um *modus adquirendi* não previsto na lei.

No entanto, consideramos que tal contrato nada acrescenta, nem ao contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional (sobretudo se subordinado a uma condição resolutiva), nem ao contrato de compra e venda de coisa futura subordinado a uma condição suspensiva.

Efectivamente, as partes conseguem atingir o objectivo visado pelo contrato delineado por Clara Sottomayor através de um contrato-promessa meramente obrigacional sob condição resolutiva, evitando, assim, incorrer em mora na celebração do contrato definitivo sempre que não se verifique o evento futuro e incerto – uma vez que, como se sabe, a ocorrência do evento condicionante gera, ipso iure ou ipsa vi legis e, em regra, retroactivamente, a extinção do contrato-promessa e, consequentemente, a destruição ou eliminação ex tunc dos efeitos que tal contrato tenha produzido (nomeadamente, a extinção do direito do promissário), sem necessidade de qualquer das partes invocar em juízo, ou fora dele, a verificação da condição, ou praticar algum outro acto. Por exemplo, as partes podem celebrar um contrato-promessa subordinado à condição resolutiva de não ser aprovado, até determinada data, o plano de pormenor que torne viáveis as construções previstas para determinadas parcelas de terreno identificadas e assinaladas em planta anexa à escritura ou ao documento particular autenticado.

Acresce que, obviamente, as partes também podem celebrar uma venda de coisa futura sem ficarem limitadas pela regra da imediata transmissão do direito real logo que a coisa passe a existir na esfera jurídica do vendedor. Uma vez que, podem fazer depender a eficácia real do contrato de compra e venda de coisa futura da verificação de um facto futuro e incerto. Subordinando-o, assim, a uma condição suspensiva. Por exemplo, as partes podem celebrar um contrato de compra e venda de coisa futura subordinado à condição suspensiva de o bem alienado vir a ter certas e determinadas características.

Saliente-se, ainda, que esta opção tem a enorme vantagem de evitar a celebração de um segundo contrato.

Refira-se ainda que, na prática, no domínio da transacção de imóveis ainda não construídos, estão muito difundidos os contratos de permuta de coisa presente por coisa futura sob condição resolutiva. É o que ocorre, por exemplo, quando *A* pretende transmitir a *B* a propriedade de um terreno para construção, a fim de o transmissário nele construir um edifício de *x* andares, cujo projecto obteve já aprovação camarária, e, como contrapartida da aquisição da propriedade do terreno, *B* se obriga a transmitir para *A* duas fracções autónomas do futuro edifício, convencionando-se que o contrato ficará sem efeito se *B*, no prazo de dois anos, não construir ou *A* não adquirir as duas fracções.

Na verdade, segundo o nosso entendimento, actualmente, existe um grande problema em matéria de transacção de imóveis por construir, mas ele não passa pela falta de mecanismos para assumir obrigações, mas sim pelo facto de – salvaguardada a hipótese do registo provisório, por natureza, de aquisição de futuras fracções autóno-

– Em Espanha, onde vigora o sistema do título e do modo, o princípio da causalidade (não o da abstracção) e onde não se suscitam dúvidas sobre a admissibilidade da venda com reserva de propriedade – não obstante a falta de previsão legal –, nunca foi defendida a posição segundo a qual a verificação do evento acordado – que põe fim ao diferimento da aquisição do direito (v.g., o pagamento integral do preço) – se traduz em mais um modo que acresce à *traditio*.<sup>54-55</sup>

mas de prédios sujeitos ao regime da propriedade horizontal – o contrato de compra e venda de coisa futura e o contrato--promessa de coisa futura não poderem dar azo a uma inscrição, perdendo-se, assim, as vantagens inerentes à publicidade registal. De facto, recordamos que o art. 92 do Cód.Reg.Pred. tem carácter taxativo e que o legislador apenas em matéria de propriedade horizontal introduziu uma excepção ao princípio da especialidade física e ao princípio da legalidade e consagrou a possibilidade de serem lavrados *registos provisórios por natureza* antes de o imóvel ter existência física e autonomia jurídica.

Por isso, por exemplo, se *A* pretender alienar a *B* três parcelas de um seu prédio ainda não loteado, deverá celebrar um contrato de compra e venda sob condição suspensiva de três lotes futuros ou um contrato-promessa sob condição resolutiva, em que o evento condicionante seja a concretização, ou não, da operação de loteamento. E, quer num caso quer noutro, não se produzirão efeitos reais e os factos jurídicos não poderão aceder ao Registo, uma vez que o objecto dos contratos serão bens futuros, pois, como se sabe, a concretização de uma operação de loteamento implica uma transformação fundiária, dando lugar a novos prédios urbanos perfeitamente individualizados. O que significa que, apenas depois de concretizada a operação de loteamento ocorre a transformação fundiária da área em causa, levando à extinção do prédio inicialmente existente e à constituição novas unidades prediais autónomas que passam a ser descritas no Registo.

54. A propósito da *venda com reserva de propriedade até ao pagamento integral do preço*, no direito português, cumpre sublinhar que inicialmente a doutrina maioritária concebia--a como um contrato em que a transmissão da propriedade estava sujeita a uma condição suspensiva, sendo, consequentemente, a posição jurídica das partes regulada pelas regras legais da condição suspensiva, continuando, portanto, o vendedor a ser o proprietário e o comprador, um mero titular de uma expectativa jurídica. Neste sentido *vide* Galvão TELLES, «Contratos civis», *Boletim do Ministério da Justiça*, 83 (1959) 138 – que, reconhecendo o facto de em causa estar uma condição suspensiva que afecta apenas um elemento do contrato –, descreve o funcionamento da cláusula do seguinte modo:

"celebrado o acordo, logo o comprador fica adstrito a essa dívida e o vendedor também à entrega do objecto, se não se estipulou o contrário. Só o efeito real se não produz, condicionado ao cumprimento por parte do comprador. Este cumpre: preenche--se a condição e fica proprietário. Não cumpre: frustrada a *conditio*, não podendo o contrato atingir a sua finalidade económica e jurídica, torna-se integralmente ineficaz e dão-se por não verificadas as consequências jurídicas produzidas" (itálico nosso).

Por todos, *vide*, ainda: Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 587 e ss.; Antunes VARELA, «Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 1985», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 122 (1989-1990) 314 e ss.

A tese da condição suspensiva foi também a dominante na jurisprudência vide, a título de exemplo: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1982, *Boletim do Ministério da Justiça*, 318 (1982) 394 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Fevereiro de 1983, *Boletim do Ministério da Justiça*, 324 (1983) 578; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º444, 1995, 609.

No entanto, esta tese foi posta em causa, nomeadamente, por Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 175. De facto, segundo estes autores o contrato com reserva de propriedade até ao pagamento integral do preço não pode ser considerado como realizado sob condição suspensiva, "visto o evento condicionante de a sua plena eficácia recair sobre um elemento essencial do contrato (pagamento do preço)".

Em sentido idêntico se pronuncia Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 145 e ss., e Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», 428. De acordo com esta última Autora a verdadeira dificuldade em qualificar a venda com reserva de propriedade como uma venda sujeita a uma condição suspensiva reside no facto de "por esta via acabarmos por qualificar o pagamento do preço, simultaneamente, como obrigação e como condição. De facto, a qualificação da condição como elemento acidental (não essencial) do negócio jurídico dificulta, e muito, a subsunção do pagamento do preço à categoria de evento condicionante. É que, além do mais, a imposição ao contraente da obrigação de pagar o preço convencionado apresenta-se como um verdadeiro dever jurídico, cujo incumprimento desencadeia uma sanção, enquanto a configuração do pagamento do preço como uma condição nos leva a qualificar a situação jurídica que daí resulta para o comprador como um ónus, cuja observância apenas o impede de alcançar uma vantagem: a aquisição da propriedade."

Actualmente, a doutrina largamente maioritária afirma que o contrato com reserva de propriedade até ao pagamento integral do preço não pode ser considerado como realizado sob condição suspensiva, sendo "apenas" um contrato que envolve o diferimento do efeito real.

No mesmo sentido, seguindo de perto Ana Maria Peralta, já se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, através do acórdão de 7 de Julho de 2010, no qual, além do mais, se pode ler:

"Tradicionalmente costuma dizer-se que o *pactum reservati domini* traduz a realização de um negócio sob condição suspensiva quanto à transferência da propriedade, mas, salvo melhor opinião, tal não significa que se esteja perante um negócio condicional, sendo a condição suspensiva."

Pois, "não é exactamente isto o que ocorre com o negócio (alienação) celebrado com reserva de propriedade.

Neste, apenas fica «suspenso», o efeito translativo da propriedade, enquanto os outros se produzem imediatamente.

(...)

"Não se verificando a «condição» do pagamento do preço, o negócio não desaparece automaticamente como aconteceria se estivéssemos perante uma verdadeira e própria condição, diferentemente fica dependente da vontade do credor alienante que tanto pode exercer a acção de cumprimento, mantendo o contrato e exigindo o cumprimento, como resolvê-lo e obter a restituição da coisa.

E, como salienta Ana Maria Peralta (A Posição jurídica do Comprador na venda com reserva de propriedade), acresce que o pagamento do preço (ou prestações do preço) não surge na compra e venda com reserva de propriedade como um acto voluntário, como seria no caso de configurar uma condição potestativa.

Na medida em que o vendedor pode optar pela acção de cumprimento, exigindo o preço devido, no caso de incumprimento, tal pagamento configura-se como uma obrigação e não como uma condição, daí que também, optando o vendedor pela resolução do contrato, possa exigir indemnização pelo não cumprimento nos termos gerais, o que não acontece no regime da condição em que a sua não realização acarreta a simples perda de uma vantagem e não qualquer sanção decorrente do acto ilícito de incumprimento.

Por tudo isto, conclui a autora citada, porque o pagamento do preço é uma obrigação e não uma condição, a aplicação do art. 275 não tem sentido. A impossibilidade da prestação gerará a extinção da obrigação. Se o vendedor impedir o pagamento do preço, estamos perante um caso de *mora creditoris*, com a consequente aplicação do regime legal previsto para tal hipótese.

Em definitivo, não estamos neste caso perante uma condição em sentido técnico-jurídico. Estruturalmente o pagamento do preço é uma obrigação, ainda que funcionalmente se aproxime da condição."

Refira-se, por fim, que na perspectiva de Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», 434, o vendedor é titular de um direito de propriedade duplamente limitado, pelo direito de expectativa e pelo direito de posse do comprador. Ana Maria Peralta, por seu turno, defende que o vendedor é proprietário e o comprador é titular de uma expectativa jurídica real ou de um direito real de aquisição. (Cfr. Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 165-166).

Sobre as diversas teses em torno da natureza jurídica da venda com reserva de propriedade vide: Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 7 e ss.; Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», 425 e ss.

55. Na Alemanha, o § 455 do *BGB* admite a reserva de propriedade, mas apenas na venda de coisa móvel e só até ao pagamento do preço, estatuindo:

"Se o vendedor de uma coisa móvel se reservou a propriedade até ao pagamento do preço, na dúvida, deve entender-se que a transmissão da propriedade se realizou sob condição

– Se as partes pudessem subordinar a eficácia real à prévia ocorrência de um *modus adquirendi*, em consonância, nas hipóteses em que o legislador exige a verificação de um modo – às quais nos referimos anteriormente –, as partes também poderiam subordinar a produção do efeito real à verificação de mais um *modus adquirendi* – para além do previsto na lei – ou criarem um *modus adquirendi* complexo.

Assim, por exemplo: em caso de doação, um direito de propriedade sobre coisa móvel sujeita a registo poderia ser adquirido em virtude da entrega da coisa – fundada num justo título –, de acordo com o previsto na lei, ou, por exemplo, após a entrega da coisa – fundada num justo título – e a feitura do registo a favor do adquirente.

Mas, a verdade é que, se assim fosse, não existiria em Portugal, efectivamente, um sistema de atribuição/aquisição de direitos reais; seriam as partes, consoante os interesses em presença, a definir se pretendiam que o efeito real se produzisse por mero efeito do contrato, em virtude de um título acompanhado de um modo, após a verificação de um modo complexo etc. E isto, caso a caso, independentemente de em causa estar o mesmo tipo de direito real.<sup>56</sup>

suspensiva do pagamento total do preço e que o vendedor está autorizado à resolução do contrato se o comprador incorrer em mora no pagamento." (A tradução é nossa).

Perante o § 455 do *BGB* e o afirmado na nota anterior, cumpre referir que o argumento apresentado contra a configuração da reserva de propriedade, até ao pagamento integral do preço, como uma condição, não é aplicável ao direito alemão. Uma vez que, "distinguindo-se, neste direito, entre o contrato de compra e venda, com efeitos meramente obrigacionais, e o acordo translativo da propriedade e entrega, a transferência da propriedade, resultante destes dois últimos actos, fica subordinada ao cumprimento da obrigação resultante de um outro contrato [o meramente obrigacional]. A convenção que opera a transferência da propriedade é um negócio abstracto, independente daquele outro de onde resultam as obrigações para as partes. Esta independência entre o nascimento das obrigações e a transferência da propriedade afasta o obstáculo à ligação entre transferência do direito real e cumprimento da obrigação de pagamento do preço."

Cfr. Ana Maria PERALTA, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, 146 nota 415). A frase entre parêntesis recto é nossa.

<sup>56.</sup> Ora, na nossa perspectiva, tal não ocorre. Defender o contrário implicaria afirmar a total desnecessidade do art. 1316.º, bem como dos artigos em que o legislador enumera os factos jurídicos aquisitivos e extintivos dos direitos reais, já que seriam as partes a escolher, a seu bel-prazer, como se constituiriam, transmitiriam ou se extinguiriam os direitos reais.

A título meramente exemplificativo, quanto aos direitos reais de gozo previstos no Código Civil, *vide* os seguintes arts. 1316 – aquisição da propriedade; 1417 – constituição

– Considerar que o n. 1 do art. 409 do Código Civil não é uma das excepções a que alude a parte final do n. 1 do art. 408 do mesmo diploma legal e que o princípio da consensualidade assume natureza imperativa é absolutamente consonante com a evolução histórica do nosso sistema de atribuição e de aquisição de direitos reais.

De facto, como se sabe, o sistema do título só foi introduzido no direito português com o Código Civil de 1867 (cfr. arts. 715 e 1549 do Código de Seabra). Até essa data, o negócio produzia efeitos meramente obrigacionais; em concreto, através dele, as partes obrigavam-se a transmitir o direito real mediante de um acto posterior: *a traditio*. Portanto, o sistema vigente era o sistema do título e do modo.<sup>57</sup>

Mas, uma vez consagrado o sistema do título e, consequentemente, o princípio da consensualidade, jamais o legislador manifestou a intenção de voltar atrás na opção feita (cfr. arts. 408, 874 e 879 do actual Código Civil), o que, necessariamente, ocorreria caso concedesse às partes a possibilidade de subordinarem a eficácia real à prévia ocorrência de um *modus adquirendi*.

da propriedade horizontal; 1440 e 1476 – constituição e extinção, respectivamente, do direito de usufruto; 1485 – constituição e extinção do direito de uso e habitação; 1528.º e 1536.º – constituição e extinção, respectivamente, do direito de superfície; 1547.º e 1569.º – constituição e extinção, respectivamente, do direito de servidão.

Não obstante o afirmado, é evidente que o princípio da taxatividade não se projecta nos factos com eficácia real. Tanto assim é que a fonte das vicissitudes dos direitos reais pode ser um negócio jurídico inominado.

De facto, como se sabe, se a lei prevê a possibilidade de um direito real se constituir, transmitir, modificar, ou extinguir por negócio jurídico, tal poderá ocorrer mesmo através de um negócio atípico. Mas, não pode constituir-se, transmitir-se, modificar-se, ou extinguir-se um direito real por negócio jurídico, se a lei não indicar o negócio entre os respectivos títulos; do mesmo modo que não pode adquirir-se por usucapião um direito insusceptível de ser usucapido. (Neste sentido, *vide*: Orlando de CARVALHO, *Direito das Coisas*, n.º 9 da adenda policopiada, 2-5; Mota Pinto, *Direitos Reais*, 118).

57. Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, t. II, Lisboa, 1917, 325 afirma que as Ordenações (Ord. L. 4, tit. 7) seguiram a disposição do direito romano, segundo a qual a propriedade só se transferia pelo acto da tradição (sistema do título e do modo).

No entanto, na prática negocial esta regra foi sofrendo alterações, tornando-se frequente a estipulação contratual da transmissão da propriedade por mero efeito do contrato (*Idem*, 747).

No mesmo sentido, *vide* Santos JUSTO, *Direitos Reais*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 36-37 e, de forma muito mais desenvolvida, *in* «A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)», 11-17.

Em resumo, segundo o nosso entendimento, a cláusula de reserva de propriedade não consubstancia uma das excepções a que se refere a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil – porque não conduz a que o efeito real fique dependente da prévia ocorrência de um modus adquirendi – é, isso sim, apenas uma norma que prevê hipóteses em que o efeito real não se produz instantaneamente, mas diferidamente, suma vez que, como já salientámos, o n. 1 do art. 408 se "limita" a estabelecer o princípio da consensualidade e, assim, a consagrar o sistema do título, mas não impõe que o efeito real se produza imediatamente com a celebração do contrato. E, podendo tal efeito ocorrer imediatamente ou diferidamente, a produção diferida não se verifica apenas quando o legislador a imponha, mas, também, sempre que as partes a convencionem.

Porque assim é, não temos dúvidas em afirmar o carácter imperativo do art. 408 do Código Civil.

Em suma, as partes têm total liberdade, como decorre do art. 409, para diferir a produção do efeito real, 59 mas não o podem fazer depender da verificação de um modus adquirendi, uma vez que tal compete exclusivamente ao legislador. Por isso, o efeito real produz-se, salvaguardadas as excepções previstas directamente na lei e já anteriormente referidas, em virtude do contrato (art. 408, n. 1).

O acabado de afirmar torna-se claro quando se tem em conta, por exemplo, a compra e venda na qual o comprador se reserve a propriedade até à verificação de um termo impróprio, 60 uma vez que, nesta hipótese, a propriedade não se transfere no momento do contrato, mas, apenas, após o decurso de um prazo que põe fim à reserva da propriedade, sem que as partes pratiquem, naturalmente, um qualquer acto tendente à execução, realização ou consumação da vontade anteriormente firmada no título, o mesmo é dizer, sem que qualquer das partes assuma um comportamento voluntário tendente à atribuição/aqui-

<sup>58.</sup> No mesmo sentido, entre outros, vide Luís Lima PINHEIRO, Cláusula de Reserva de Propriedade: Algumas Reflexões sobre a sua Função, Regime e Natureza Jurídica, 13 e 107.

<sup>59.</sup> Segundo Raúl Ventura, os contraentes podem situar livremente a transmissão da propriedade, por isso, em bom rigor, nem deveria dizer-se que "nos casos de reserva de propriedade há um *diferimento* da transmissão da propriedade, linguagem essa que só se compreende tomando como ponto fixo o contrato e pressupondo que a transmissão se *deveria apurar* nesse momento". Cfr. Raúl VENTURA, «O contrato de compra e venda no Código Civil», 616-617.

<sup>60.</sup> Utilizamos, aqui e de seguida, a expressão impróprio(a) com o mesmo significado que lhe é atribuído por Ferreira de Almeida, ou seja, enquanto evento que afecta apenas uma parte dos efeitos contratuais.

sição do direito real, ou tenha de desenvolver qualquer particular actividade para assegurar a realização do efeito translativo.

Como é evidente, o exposto vale também para as hipóteses em que as partes estipulam que a reserva de propriedade cessará logo que se verifique uma condição casual imprópria, assim acordando que a transmissão da propriedade fica dependente da verificação de um evento futuro e incerto.<sup>61</sup>

Mas, vejamos outras hipóteses.<sup>62</sup>

61. Assim, por exemplo, se se convencionar que a reserva de propriedade se manterá até ao momento da feitura do registo de aquisição, mas não se impuser contratualmente a qualquer das partes, a obrigação de solicitar a inscrição registal, como é evidente – não obstante, o registo ser, actualmente, obrigatório nos termos do art. 8.º-A do Cód. Reg.Pred. – a eficácia da cláusula de reserva de propriedade estará sob condição resolutiva, casual e, consonantemente, a produção do efeito real sob condição suspensiva casual.

Como resulta do exposto, nesta hipótese, consideramos que o registo, apesar de obrigatório, não pode ser considerado *um modus adquirendi* e, portanto, não pode ser havido como constitutivo.

Refira-se, por último, que apenas apresentamos este exemplo porque o mesmo é utilizado pelos Autores que defendem o carácter supletivo do princípio da consensualidade e afirmam que o art. 409, n.º 1, do Código Civil é uma excepção amplíssima admitida por lei. Mas, a verdade é que, na prática, raramente o vendedor reservará a propriedade até ao dia da feitura da inscrição registal de aquisição a favor do comprador, uma vez que o vendedor só poderá opor a reserva de propriedade a terceiros depois de a mesma ser publicitada pelo Registo. Ora, a reserva de propriedade não é susceptível de ingressar no Registo através de uma inscrição autónoma, sendo apenas publicitada no extracto da inscrição de aquisição lavrada a favor do comprador (cfr. art. 94.º do Cód.Reg.Pred.), consequentemente, o vendedor – que reserva a propriedade – tem todo o interesse em que a inscrição a favor do comprador seja rapidamente realizada, uma vez que, como é evidente, só assim estará seguro perante terceiros, caso a reserva de propriedade permaneça eficaz, o mesmo é dizer, caso não ocorra o evento resolutivo – a feitura do registo – que a torne ineficaz e conduza, consequentemente, à transmissão da propriedade.

62. Cumpre abrir um parêntesis em torno da afirmação feita por Ferreira de Almeida, nos termos da qual as hipóteses susceptíveis de serem integradas no n.º 1 do art. 409 do Código Civil envolvem eventos com "a natureza de condição imprópria ou de termo impróprio, porquanto afectam apenas uma parte dos efeitos contratuais".

Na nossa perspectiva, de acordo com o preceituado pelo n.º 1 do art. 409, as partes ao introduzirem uma cláusula de reserva de propriedade diferem sempre a produção do efeito real, mas o contrato em que seja aposta a referida cláusula não pode ser havido, em toda e qualquer hipótese, como um contrato subordinado indirectamente a uma condição, mesmo que imprópria.

De facto, na esteira da doutrina dominante, consideramos que em causa não estará um contrato subordinado a uma condição (mesmo que imprópria) quando as partes façam depender a destruição da eficácia da cláusula de reserva da propriedade ao não cumprimento de uma obrigação contratual (prevista na lei ou convencionada pelas partes). Mas, segundo o nosso entendimento, o contrato já estará subordinado a uma condição (imprópria) sempre que as partes façam depender a destruição ou extinção da eficácia da cláusula de reserva da propriedade da verificação de uma facto futuro e incerto (condição resolutiva) e, em consonância, coloquem também a produção da eficácia real do negócio na dependência da verificação de tal acontecimento (condição suspensiva). Explicitando:

As partes podem subordinar a manutenção da eficácia da cláusula de reserva de propriedade ao não cumprimento de uma obrigação (prevista na lei ou convencionada pelas partes), diferindo, assim, a produção do efeito real até ao momento em que ocorra o cumprimento. Ora, segundo o nosso entendimento e na esteira da doutrina dominante, sempre que a extinção da eficácia da cláusula de reserva da propriedade dependa da verificação de um evento futuro que consista no cumprimento de uma obrigação contratual (prevista na lei ou convencionada pelas partes), não se pode afirmar que o efeito real do negócio seja posto, mesmo que indirectamente, na dependência de uma condição suspensiva imprópria, uma vez que as partes, naturalmente, não consideram o cumprimento como um facto incerto, mas sim como um efeito obrigacional do contrato, ou, mais expressivamente, como um acto devido que caso não ocorra desencadeará uma sanção.

De facto, convencionada uma obrigação, a parte devedora não é livre de realizar ou não realizar a prestação devida. Caso não cumpra, o credor pode obter a condenação na realização do comportamento devido e a respectiva indemnização pelo incumprimento. Acresce que, como se sabe, o não cumprimento da obrigação conduz à manutenção da eficácia da cláusula de reserva de propriedade e não extingue automaticamente o contrato. Eventualmente, faz nascer na esfera jurídica do credor um direito potestativo de resolver com eficácia ex tunc o negócio (cfr. n.º 2 do art. 802.º do Código Civil).

No entanto, como a lei permite ao alienante reservar a propriedade, não só até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte, mas, ainda, até à verificação de qualquer outro evento, consideramos que as partes podem subordinar a destruição ou extinção da eficácia da cláusula de reserva da propriedade à verificação de um facto futuro e certo (termo final) ou incerto (condição resolutiva) e, em consonância, colocar a eficácia real do negócio na dependência de um acontecimento futuro e certo (termo inicial) ou incerto (condição suspensiva imprópria), por maneira que só verificado tal acontecimento a reserva deixará de ser eficaz e o efeito real se produzirá ex nunc (cfr. a segunda parte do art. 276.°).

Nestas hipóteses, quando se convencione que a extinção da eficácia da cláusula de reserva de propriedade fica subordinada à verificação de um facto futuro e incerto, mesmo que tal facto dependa, total ou parcialmente, do comportamento do outro contraente (condição resolutiva potestativa ou mista), como é evidente, tal comportamento será sempre voluntário ou facultativo – em causa estará um ónus e não um dever –, consequentemente, a não verificação do evento condicionante não desencadeará uma sanção e não fará surgir qualquer dever de indemnização.

Se as partes acordarem que o vendedor se reserva a propriedade até à verificação de um evento futuro e incerto, estipulando uma condição mista ou potestativa, é evidente que a verificação do evento condicionante estará, respectivamente, total ou parcialmente dependente do comportamento de um dos contraentes, mas, naturalmente, tal comportamento não assumirá a função de um modus adquirendi, uma vez que não será o acto pelo qual se executará a vontade firmada no título, ou, por outras palavras, o acto através do qual se realizará efectivamente a atribuição e a aquisição do direito de propriedade. Na verdade, o que ocorrerá será o seguinte: verificado o evento condicionante, que se traduz no acatamento de um ónus, findará a reserva de propriedade e, consequentemente, passará a produzir-se o efeito típico da compra e venda. Portanto, a transmissão da propriedade será apenas, e sempre, efeito do consenso contratual originário.

Por seu turno, na compra e venda a prestações, quando se acorde que a propriedade só se transferirá com o pagamento da última prestação pelo comprador, o que ocorre é o simples diferimento do efeito real, até ao cumprimento da obrigação de pagamento a cargo do comprador.<sup>64</sup>

Mas, a não ocorrência do evento condicionante, por um lado, faz subsistir a eficácia da cláusula de reserva da propriedade – que estava sujeita a uma condição resolutiva – e, por outro, impede, definitivamente, a produção dos efeitos reais que estava subordinada à condição suspensiva. (Para mais pormenores vide nota 867).

64. Nega também que a compra com reserva de propriedade seja uma excepção ao princípio da consensualidade, entre outros: Ana Catarina ROCHA, «A cláusula de reserva de propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento», Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2 (2005) 21-22; Luís Lima PINHEIRO, Cláusula de Reserva de Propriedade: Algumas Reflexões sobre a sua Função, Regime e Natureza Jurídica, Coimbra: Almedina, 1988, 13; Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, Contrato de Compra e Venda, Coimbra: Almedina, 2007, 39; Pedro ALBUQUERQUE, «Contrato de compra e venda. Introdução, efeitos essenciais e modalidades», in Direito das Obrigações, vol. III, Lições coordenadas por António Menezes CORDEIRO, 2. ed. Lisboa, AAFDL, 1991, 26; Raúl GUICHARD, «Ainda sobre um "caso exemplar" ou um "exemplo casual". Onde se fala da «Teoria da alusão» em matéria de forma, de alguns aspectos do regime da simulação e dos «sistemas» de transferência da propriedade», Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, 11 (2007) 285.

Em sentido contrário, Gabriela Figueiredo DIAS, «Reserva de propriedade», 421, afirma que

"a cláusula de reserva de propriedade aparece consagrada no Código Civil de 1966 como uma excepção ou desvio ao princípio da consensualidade em matéria de trans-

<sup>63.</sup> Vide nota anterior.

Se a propriedade só se transmite com o pagamento, tal fica a dever-se ao facto de as partes, no contrato, terem diferido o momento da transferência da propriedade (nos termos legalmente admitidos). E, resultando o diferimento do acordo das partes, a transmissão verifica-se, após o pagamento, por força do prévio consenso.

Assim, o pagamento não se confunde com a obrigação de transmitir/adquirir a propriedade, a qual, na verdade, nem sequer existe, porque a transmissão/aquisição ocorre por efeito do contrato. E, por outro lado, o pagamento não é um acto através do qual se transmite a propriedade, é, apenas e só, um acto de cumprimento de uma obrigação derivada do contrato, o qual, ocorrendo, faz com que finde a reserva de propriedade e, consequentemente, conduz a que o contrato produza o efeito típico para o qual sempre foi apto. Assim, também nesta hipótese, a transmissão da propriedade é apenas efeito do consenso contratual originário ou, por outras palavras, a transferência da propriedade encontra sempre no negócio a sua fonte produtiva.

Portanto, o pagamento integral não consubstancia um modus adquirendi.

O raciocínio exposto vale integralmente para a hipótese de na compra e venda, excepcionalmente, se acordar que a propriedade apenas se transferirá com a entrega da coisa vendida,<sup>65</sup> ou em virtude que qualquer outro evento que

missão da propriedade adoptado pelo Código Civil no art. 408.º, n.º 1, ao lado das excepções referidas no art. 408.º, n.º 2".

<sup>65.</sup> Nesta hipótese, é necessário ter presente que a mera entrega da coisa envolve apenas a transmissão da posse ou da detenção da coisa, já não a transmissão da propriedade. Ou seja, a entrega da coisa, só por si, não vale como modo.

Saliente-se que apenas damos este exemplo porque o mesmo é apresentado pelos Autores que defendem o carácter supletivo do princípio da consensualidade e afirmam que o art. 409, n.º 1, do Código Civil é uma das excepções a que alude a parte final do n.º 1 do art. 408 do mesmo diploma legal.

No entanto, na nossa perspectiva, serão raríssimos os casos em que o vendedor consiga reservar a propriedade até ao dia em que cumprir a obrigação de entregar a coisa, sempre que o momento da entrega da coisa seja diferido através de um termo a favor do comprador. E isto, porque, tal implicará que o comprador, através do contrato, não adquira, imediatamente, nem a propriedade, nem a posse ou detenção da coisa e, não obstante, enquanto não houver incumprimento, corra o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante, de acordo com o n.º 1 do art. 796.º do Código Civil.

Ao invés, quando o momento da entrega da coisa seja diferido através de um termo a favor do vendedor, como o risco não se transmite, imediatamente, para o comprador, nos termos do n.º 2 do art. 796.º do Código Civil, a possibilidade de a situação

se traduza no cumprimento de uma obrigação contratual, não prevista na lei, como, por exemplo, a solicitação da feitura do registo.<sup>66</sup>

De facto, caso se convencione que a propriedade apenas se transferirá com a entrega da coisa vendida ou com o cumprimento da obrigação de solicitar o registo, apenas se difere a produção do efeito real ao cumprimento de uma obrigação – prevista na lei, no primeiro caso; fixada pelas partes, no segundo –, não mais.

Em síntese, em Portugal, segundo o nosso entendimento:

- O princípio da consensualidade continua a ser a regra e não a excepção.
- A produção do efeito real ocorre, em regra, por mero efeito do contrato, embora tal efeito possa ser diferido no tempo. Consequentemente, o art. 409 não integra qualquer hipótese que consubstancie uma das excepções legais a que alude a parte final do n. 1 do art. 408 do Código Civil.

66. Sendo reservada a propriedade até ser cumprida a obrigação contratual de solicitar o registo, como resulta do afirmado na nota 861, as partes não condicionam a eficácia da reserva a um evento resolutivo futuro e incerto, e, portanto, não diferem a produção do efeito real através de uma condição suspensiva. De facto, neste caso, a solicitação do registo não se traduz num facto futuro e incerto, mas sim num acto devido. No entanto, tal como na hipótese da extinção da eficácia da cláusula de reserva de propriedade estar dependente da verificação de um facto futuro e incerto e, consequentemente, o efeito real ser diferido até à verificação de tal evento, o comprador que reserva a propriedade só a poderá opor a "terceiros" depois de a mesma ser publicitada pelo Registo no extracto da inscrição de aquisição do comprador. Por isso, na prática, raramente será reservada a propriedade até ao cumprimento da obrigação convencional de solicitar o registo. (Vide a nota 59).

Ao afirmado cumpre ainda acrescentar que, quando não seja cumprida a obrigação e tal conduza, através do exercício do direito potestativo, à resolução do contrato — não obstante o n.º 2 do art. 435.º —, segundo o nosso entendimento, estando publicitada a reserva de propriedade com prioridade (cfr. art. 409, n.º 2 do Código Civil), a resolução deve ser considerada oponível a um terceiro, mesmo que a aquisição deste tenha sido inscrita antes do registo da acção, desde que tenha sido lavrada depois de a reserva já constar do Registo. (Neste sentido, vide Brandão PROENÇA, A Resolução do Contrato no Direito Civil — Do Enquadramento e do Regime, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 181 nota 543).

Mas, assim sendo, não vislumbramos qualquer interesse em diferir a produção do efeito real ao cumprimento da obrigação contratual de solicitar o registo. Ao invés, o vendedor que reserva a propriedade tem todo o interesse em que seja inscrita, rapidamente, a aquisição a favor do comprador.

ocorrer na prática – não obstante o comprador não adquirir imediatamente, nem a propriedade, nem a posse ou detenção da coisa –, naturalmente, será superior.

– O art. 408, n. 1 consagra uma norma imperativa, por isso se refere às excepções previstas na lei e não a excepções criadas pelos contraentes. Norma esta que só passará a ser supletiva se e quando o nosso legislador decidir alterar o sistema de atribuição/aquisição de direitos reais.<sup>67</sup>

Na verdade, não compreendemos em que medida os exemplos apresentados pela Autora – mesmo quando envolvem a obrigação de transferir a propriedade a cargo de um sujeito, o que, adiante-se, nem sempre acontece – podem conduzir à defesa da livre disponibilidade das partes relativamente ao carácter imediato do efeito real. Vejamos por que razão, limitando-nos a referir três dos exemplos apresentados, resumindo e simplificando ao máximo.

A) O mandatário pode actuar em nome do mandante ou em nome próprio. Se realiza o acto jurídico em nome do mandante e com os necessários poderes de representação limita-se a substituir o mandante na prática do acto, fica livre de toda a respectiva eficácia, pois os efeitos do acto projectam-se integral e imediatamente na esfera jurídica do mandante. Diz-se neste caso que o mandato é representativo. Se, porém, o mandatário age em nome próprio ao realizar o acto, assume a posição jurídica de parte, recebendo os efeitos do acto para depois os transmitir ao mandante, ou de qualquer forma, fazer reflectir no seu património os resultados económicos daquele. Esses direitos e obrigações ingressam no seu património, não no do mandante. Os efeitos jurídicos do acto não se produzem directamente na esfera jurídica do mandante, justamente porque falta o vínculo representativo. Diz-se neste caso que o mandato é sem representação. No mandato sem representação

"o mandatário – que, embora agindo em seu nome, procedeu no interesse do mandante – fica constituído na obrigação, que lhe advém do mandato, de transmitir ao mandante os direitos adquiridos. Esses direitos são seus, porque não passaram directamente para o mandante. Mas destinam-se em última análise a este; e, por conseguinte o mandatário está obrigado a transferir-lhos. É o que dispõe o art. 1181.º, n.º 1, do Código..."

<sup>67.</sup> Refira-se, ainda, que não concordamos com Clara SOTTOMAYOR, *Invalidade e Registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 192-193, quando afirma:

<sup>&</sup>quot;A favor da livre disponibilidade das partes relativamente ao carácter imediato do efeito real, no nosso sistema, podemos invocar que o legislador, em várias normas dispersas pelo Código Civil, se refere à obrigação de transferir a propriedade a cargo de um sujeito, como uma forma de garantir a mobilidade dos direitos. Veja-se o instituto do mandato sem representação, cujo regime jurídico prevê a obrigação do mandatário transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato (art. 1181.º, n. 1); o legado de coisa pertencente ao onerado ou a terceiro (art. 2251.º), em que a lei estipula que o sucessor que tenha aceitado a disposição feita em seu benefício é obrigado a adquirir a coisa e a transmiti-la ao legatário; a entrada do sócio, quando consiste na transferência de uma coisa (arts 984.º, al. a); a doação ou a disposição fiduciária (arts 962.º e 2286.º e ss.); a doação com encargos modais (art. 963.º); a dação em cumprimento (art. 837.º) e a dação *pro solvendo* (art. 840.º), a qual contém, no seu regime, implicitamente, a hipótese de um acordo de diferimento do efeito translativo entre devedor e credor."

Cfr. Inocêncio Galvão TELLES, Mandato sem representação (parecer), *Colectânea de Jurisprudência*, 8/3 (1983) 10. (Itálico nosso).

Sobre o mandato sem representação *vide ainda*: Pessoa JORGE, *Mandato Sem Representação*, Lisboa: Edições Áctica, 1961; manuel Januário da Costa GOMES, «O Contrato de Mandato», in *Direito das Obrigações*, vol. III, Lições coordenadas por António Menezes CORDEIRO, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1991, 399.

B) No legado de coisa pertencente ao onerado ou a terceiro (art. 2251.º), o legislador considera válido o legado na hipótese de o testador demonstrar conhecimento acerca do facto de a coisa ser alheia; mas, tal não pode significar que o dito legado possa valer em relação ao próprio terceiro a quem pertence a coisa legada, sujeitando-o a ter de prestá-la ao legatário – a própria coisa ou a soma correspondente.

Não pode ser de outra maneira. A disposição será, em face do terceiro – dono da coisa – res inter alios acta e, como tal, destituída, em absoluto, de força vinculativa.

O legado de coisa alheia, portanto, só pode valer em relação ao onerado. Só ele, uma vez aceite a respectiva posição hereditária, poderá ser obrigado a prestar a coisa alheia – em espécie ou por equivalente.

O herdeiro ficará obrigado a adquirir do seu dono a coisa legada transferindo-a depois para o contemplado, ou ficará obrigado a proporcionar-lhe por outro modo a sua aquisição ou, não sendo isso possível, a pagar-lhe o valor dela.

Em resumo, através deste legado o legatário não adquire, nem pode adquirir, de forma imediata, um direito real sobre a coisa alheia legada, pois esta encontra-se no domínio de um terceiro, ao qual em nada afecta a disposição testamentária; deste legado nasce, apenas, um direito de crédito a favor do beneficiário, que o pode fazer valer frente ao herdeiro; a aquisição do bem por parte do legatário ocorre no momento em que o herdeiro cumpre a obrigação. O legatário não adquire o bem *mortis causa*, por testamento, porque o bem não pertence ao testador, mas *inter vivos* por contrato. (Para mais pormenores, *vide*: Manuel de ANDRADE, *O Legado de Coisa Alheia no Direito Português e no Direito Brasileiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 1957; Mónica JARDIM, «Herdeiros e legatários testamentários e o art. 5.º do Código do Registo Predial», in AA. VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 944 e ss.). C) De acordo com o art. 2286.º do Código Civil, aplicável, com as devidas adaptações, às doações, nos termos do n.º 2 do art. 862.º do mesmo diploma legal:

"Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição".

A substituição fideicomissária caracteriza-se por três elementos fundamentais:

- Dupla disposição testamentária do mesmo objecto;
- Obrigação de o primeiro instituído conservar a coisa ou a quota; uma vez que só assim, posteriormente, os bens poderão ingressar no património do fideicomissário, ocorrendo a reversão;
- Chamamento sucessivo. O fiduciário e o fideicomissário não são chamados simultaneamente ou alternativamente, são, isso sim, chamados sucessivamente: primeiro, o fiduciário, depois da sua morte, o fideicomissário.

Por fim, cumpre sublinhar que, como é evidente, o afirmado não coloca em causa a inevitável realidade de o negócio obrigacional/dispositivo cujo efeito real não se produza imediatamente – em virtude da inexistência da coisa, ou de as partes o haverem diferido através de uma cláusula de reserva de propriedade cuja eficácia só subsistirá até à verificação de um facto futuro e incerto, ou até ao cumprimento de uma obrigação –, efectivamente, nunca chegar a produzir o referido efeito, se o objecto do direito real não vier a existir, se não se verificar o evento futuro e incerto previsto pelas partes, ou se não ocorrer o cumprimento de tal obrigação.

Mas, se tal se verificar, como é evidente, a não produção do efeito real decorrerá, apenas e só, da impossibilidade legal – no caso de inexistência de coisa – ou do conteúdo do título – nos restantes casos.<sup>68</sup>

Não obstante o fiduciário estar obrigado a conservar a quota da herança ou o bem doado ou legado – para que ele reverta, por sua morte –, não está, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, obrigado a transmiti-lo ao fideicomissário. De facto, o fideicomissário não sucede ao fiduciário, após a morte deste, mas sim ao testador ou doador, por força do seu acto de vontade. Assim.

- "1.º não há, no fideicomisso, nenhuma transmissão da herança (ou do legado) do fiduciário para o fideicomissário;
- 2.º morto o fiduciário, a herança reverte imediatamente para o fideicomissário, não por efeito de qualquer transmissão operada pelo primeiro, mas por força da segunda instituição (sucessiva) lavrada ainda pelo testador no testamento (cfr. art. 2288.º)." Cfr. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, p. 452, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 52.
- 68. Não obstante todo o afirmado, ficou por resolver, pelo menos na íntegra, a questão que de seguida se enuncia.
  - Tendo sido celebrado o negócio obrigacional/dispositivo e diferido o efeito real, não chegando o negócio a produzir este efeito (o real), que consequências decorrerão para os efeitos obrigacionais entretanto verificados?
  - Em concreto, o que ocorrerá se:
  - for vendida coisa futura, sendo pago imediatamente o preço e, a final, a coisa não chegar a existir?
  - A alienar um painel de azulejos de um seu prédio a B e este efectuar o respectivo pagamento, mas, antes da separação, A alienar o imóvel a C e este se opuser ao levantamento do painel, invocando o desconhecimento do negócio entre A e B, a titularidade do direito de propriedade sobre todo o prédio (incluindo o painel) e a prevalência do seu direito real, eficaz erga omnes, em face do direito de B, apenas eficaz inter inter
  - − *A* alienar a *B* um imóvel e efectuar a respectiva entrega, mas reservar para si o direito de propriedade até ao integral pagamento do preço, que não vem a ocorrer?

– A alienar a B um imóvel e efectuar a respectiva entrega, mas reservar para si o direito de propriedade até ao final do ano, altura em que o seu irmão regressará do estrangeiro, o que acaba por não se verificar?

Nas duas primeiras hipóteses, como resulta da lei (cfr. art. 880.º do Código Civil), o vendedor tem a obrigação de exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos. Se tal obrigação não for cumprida, como é evidente, não passa a existir a coisa susceptível de ser objecto de um direito real autónomo, mantém-se a impossibilidade legal que desde sempre impediu a produção do efeito real e, naturalmente, é impossível o cumprimento da obrigação de entrega.

Mas, na primeira hipótese será necessário distinguir consoante haja ou não culpa do vendedor.

Assim, havendo culpa, aplicar-se-ão as regras da impossibilidade definitiva do cumprimento imputável ao devedor (cfr. art. 798.º e ss. do Código Civil), podendo, consequentemente, o comprador resolver o contrato – nos termos do art. 434.º do Código Civil – e, como já realizou a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro. Exercido com êxito o direito potestativo, a resolução *inter partes* tem efeito retroactivo, uma vez que não contraria a vontade das partes nem a finalidade da resolução (cfr. art. 434.º do Código Civil).

Por seu turno, na ausência de culpa, aplicar-se-ão as regras da impossibilidade definitiva de cumprimento não imputável ao devedor, das quais decorre, em princípio, a extinção da obrigação do vendedor (cfr. n.º 1 do art. 790.º do Código Civil), ficando o comprador com o direito de pedir a restituição da prestação por si efectuada, nos termos do enriquecimento sem causa (cfr. art. 795.º do Código Civil). De facto, na ausência de culpa, apenas se o devedor houver assumido uma obrigação de resultado, e não de meios, poderá o comprador exercer o direito potestativo de resolver o contrato, tal como se tivesse havido culpa (nos termos gerais do art. 432.º e ss. do Código Civil).

Já na segunda hipótese, é manifesta a culpa do devedor e clara a aplicação das regras da impossibilidade definitiva do cumprimento imputável ao devedor, consequentemente, o comprador tem a possibilidade de resolver o contrato com eficácia *ex tunc* – nos termos já referidos – e, já tendo ocorrido o pagamento, tem direito à sua restituição por inteiro (cfr. o n.º 2 do art. 801.º do Código Civil), não apenas na medida do enriquecimento do devedor, como se preceitua no art. 795.º para o caso de impossibilidade não culposa.

Na terceira hipótese apresentada, tendo as partes convencionado a reserva de propriedade e diferido a produção do efeito real ao cumprimento da obrigação legal de pagamento integral do preço, o incumprimento definitivo culposo do devedor gerará, também, a possibilidade do vendedor – que reservou a propriedade – vir a exercer o direito potestativo de resolver o contrato, conduzindo, assim, à destruição dos seus efeitos *ex tunc*. Acresce que, na nossa perspectiva, estando publicitada a reserva de propriedade, nos termos art. 409, n.º 2, do Código Civil, é oponível ao "terceiro" adquirente, mesmo que a aquisição deste tenha sido inscrita antes do registo da acção, desde que o tenha sido após o registo da reserva. E isto, não obstante, nos termos

do n.º 2 do art. 435.º do Código Civil, a resolução só afectar os "terceiros" que não tenham obtido a inscrição registal dos respectivos factos aquisitivos antes do registo da acção, já não aqueles que tenham obtido os respectivos registos depois de ter sido publicitado o diferimento do efeito real, mas antes do registo da acção; uma vez que entendemos que deve ser feita uma interpretação conjugada dos dois preceitos legais. (Neste sentido, *vide* Brandão PROENÇA, A *Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e do Regime*, reimp., 181 nota 543).

Por fim, na quarta hipótese, tendo as partes convencionado a reserva de propriedade e diferido a produção do efeito real à verificação de um facto futuro e incerto, uma vez não realizado o evento visado (resolutivo da reserva de propriedade e suspensivo da eficácia real do contrato), é claro que o direito de propriedade subsistirá na esfera jurídica do vendedor, tornando-se inquestionável que o contrato nunca virá a ser fonte da transmissão da propriedade.

Não tendo havido incumprimento definitivo, como é evidente, está afastada a possibilidade de exercer o direito potestativo de resolução.

Mas, a compra e venda, no nosso ordenamento jurídico, não pode produzir apenas efeitos obrigacionais, uma vez que, nos termos do art. 879.º, a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito constitui o seu efeito essencial. Ou seja, o legislador admite o diferimento da produção do efeito real, mas não a sua definitiva não ocorrência - do mesmo modo, não se pode considerar que há compra e venda com reserva de propriedade se o pacto de reserva for estabelecido no sentido de o vendedor reservar sem limite de tempo o direito, "uma vez que estaria em contradição com a finalidade da compra e venda" - Vaz SERRA, «Efeitos dos contratos», Boletim do Ministério da Justiça, 74 (1958) 356 nota 50. Porque assim é, na hipótese em apreço tendo-se tornado certo que o contrato nunca poderá atingir a finalidade económica e jurídica de um contrato de compra e venda, na nossa perspectiva, deve ser considerado integralmente ineficaz e darem-se por não verificadas as consequências jurídicas entretanto produzidas (cfr. art. 276.º do Código Civil), tal como se todo o contrato, e não apenas o seu efeito real (o mais importante), tivesse estado ab initio sujeito a uma condição suspensiva que, como se sabe, opera automaticamente, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade nesse sentido endereçada. Por outras palavras, não obstante a condição suspensiva apenas dizer respeito ao efeito real, a partir do momento em que se torna certo que o evento suspensivo não virá a ocorrer, tudo se passa como se todo o contrato, desde o início, estivesse subordinado a tal condição.

Defendemos esta solução tendo em conta a própria natureza do contrato de compra, uma vez que, como começámos por referir, no nosso ordenamento jurídico, não se concebe a existência de um contrato de compra e venda tolhido do seu efeito essencial ou, por outra via, de um contrato de compra e venda incapaz de atingir a finalidade económica e jurídica que lhe é própria.

Recordamos, ainda, que "a declaração de vontade condicionada é um todo inseparável que não pode decompor-se numa determinação principal e numa determinação acessória (...)" (ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, *De-*

#### 4. Bibliografia

- ABREU, Abílio Vassalo de. Uma Relectio sobre a Acessão da Posse (art. 1256 do Código Civil). *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. II, Vária, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 43 e ss.
- ABREU, Jorge Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. II, Das Sociedades, 3. ed. Coimbra. Almedina, 2009.
- ADILARDI, Giulio. Il Contratto Preliminare. Padova, Cedam, 2008.
- ALBUQUERQUE, Pedro. Contrato de Compra e Venda. Introdução. efeitos essenciais e modalidades. Direito das Obrigações, vol. III, 2. ed. Lições coordenadas por António Menezes Cordeiro, Lisboa: AAFDL, 1991.
- ALCARO, Francesco. La Condizione nel Contratto tra Atto e Attivitá. Padova, Cedam, 2008.
- ALVES, Moreira. *Direito Romano*. vol. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- ALMEIDA, Ferreira de. Transmissão Contratual da Propriedade Entre o Mito da Consensualidade e a Realidade de Múltiplos Regimes. Themis, ano VI, n. 11, 2005, p. 5 e ss.
- ANDRADE, Manuel De. O Legado de Coisa Alheia no Direito Português e no Direito Brasileiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.
- \_\_\_\_\_. Teoria Geral da Relação Jurídica. vol. II, Facto Jurídico em Especial Negócio Jurídico, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BORGIA, Cavallo. *Profili Giuridici della Vendita di Cosa Altrui*. Milano, Giuffrè, 1972.
- CARVALHO, Orlando De. Direito das Coisas. Cap. IV As Grandes Formas de Ordenação do Domínio. *Modalidades de Direitos das Coisas, Adenda Policopiada*. Coimbra, 1977.

recho Civil Parte General, vol. II, 39. Aufl., tradução espanhola do original alemão por Blas Péres González e José Alguer, Barcelona: Bosch, 1943, 314).

Ou, no dizer expressivo de Manuel de ANDRADE,

<sup>&</sup>quot;a estipulação condicional não se desdobra em duas declarações de vontade, sendo a segunda limitativa da primeira. Constitui uma declaração de vontade única e incindível, como a própria volição que exprime. A condição faz corpo com o negócio a que é aposta. O negócio condicional constitui um todo único, um bloco, um monólito." Se o negócio condicional "forma um bloco uno e indivisível, é claro que não podem ter sorte diversa a condição e o negócio condicionado. Os dois destinos têm de ser inquebrantàvelmente solidários."

Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II, Facto Jurídico, Em Especial Negócio Jurídico, respectivamente, 356-357 e 365.

- CARVALHO, Orlando De. Direito das Coisas. Coimbra, Centelha, 1977.
- COSTA, Mário Júlio De Almeida. Alienação Fiduciária em Garantia e Aquisição de Casa Própria Notas de Direito Comparado. Direito e Justiça Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, vol. I, n. 1, 1980, p. 49).
- CRISTAS, Assunção; GOUVEIA, Mariana F. Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda. Estudo de direito comparado dos direitos português, espanhol e inglês, CRISTAS, GOUVEIA & NEVES, Transmissão da Propriedade e Contrato. Coimbra, 2001, p. 13 e ss.
- CUNHA, Paulo Olavo. Venda de Bens Alheios, *Revista da Ordem dos Advogados*. 1987, II, p. 419 e ss.
- CURA, António Vieira. *O Fundamento Romanístico Da Eficácia Obrigacional E Da Eficácia Real Da Compra E Venda Nos Códigos Civis Espanhol E Português*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, 70, Colloquia 11, Separata de Jornadas Romanísticas. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 33 e ss.
- DIAS, Gabriela Figueiredo. Reserva de Propriedade, AAVV, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977.* vol. III Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 417 e ss.
- GAZZARA, Giacomo. La Vendita Obbligatoria. Milano, Giuffrè, 1957.
- GOMES, Manuel Januário Da Costa. O Contrato de Mandato, *Direito das Obrigações*. vol. III, 2. ed. Lições coordenadas por António Menezes Cordeiro, Lisboa, AAFDL, 1991.
- GORLA, Gino. La Compravendita e la Permuta, *Trattato Di Diritto Civile Italia*no. Diretto da Vassalli, VII, Torino, Utet, 1937.
- GRECO, Paolo; COTTINO, Gastone. *Della Vendita*. Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, 2. ed. Bologna, Zanichelli, 1981.
- GUICHARD, Raul. Ainda sobre um "caso exemplar" ou um "exemplo casual". Onde se fala da «Teoria da alusão» em matéria de forma, de alguns aspectos do regime da simulação e dos «sistemas» de transferência da propriedade, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. n. 11, 2007, p. 287 e ss.
- HENRIQUES, Paulo Videira. Terceiros para Efeitos do Artigo 5.º do Código do Registo Predial, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*. Volume Comemorativo 75, Coimbra, 2002, p. 389 e ss.
- JARDIM, Mónica. Efeitos Substantivos do Registo Predial Terceiros para Efeitos de Registo. Coimbra, Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. Herdeiros e Legatários Testamentários e o art. 5.º do Código do Registo Predial, in AAVV, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. I *Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 915 e ss.

- ; ANDRADE, Margarida Costa. O desaparecimento e recomposição de imóveis a perda, a acessão e a demarcação, *Revista do CEDOUA*. n. 24, Ano XII, 2009, II, p. 57 e ss.
- JORGE, Pessoa. Mandato Sem Representação. Lisboa, Edições Áctica, 1961.
- JUSTO, António Dos Santos. *Direitos Reais*. 3. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- \_\_\_\_\_\_. A Base Romanista Do Direito Luso-Brasileiro Das Coisas (Algumas Figuras Jurídicas), 2.º Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 11 e ss.
- LIMA, Pires De; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. vol. II, 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- MAJO, Adolfo Di. Delle Obbligazioni in Generale, *Commentario Scialoja-Branca*. sub. Art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988.
- MASSIMO, Bianca. La Vendita e la Permuta, *Trattato di Diritto Civile Italiano fondato da Filippo Vassalli*. vol. 7, t. 1, Torino, UTET, 1993, p. 742 e ss.
- MESQUITA, Manuel Henrique. Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967. Coimbra, João Abrantes, 1967.
- MIRANDA, Yara. Venda de Coisa Alheia. Themis, ano VI, n. 11, 2005, p. 11 e ss.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Contrato de Compra e Venda*. Coimbra, Almedina, 2007.
- OTERO, Lino Rodríguez. Cuestiones de Derecho Inmobiliario. Madrid, DIJUSA, 2005.
- PERALTA, Ana Maria. A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade. Coimbra, Almedina, 1990.
- PINHEIRO, Luís Lima. Cláusula de Reserva de Propriedade: Algumas Reflexões sobre a sua Função, *Regime e Natureza Jurídica*. Coimbra, Almedina, 1988.
- PINTO, Carlos Da Mota. *Direitos Reais* (lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga). Coimbra, 1971.
- \_\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. *A Resolução do Contrato no Direito Civil Do Enquadramento e do Regime*. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RIZZIERI, Alessandro. La Vendita Obbligatoria. Milano, Giuffrè, 2000.
- ROCHA, Ana Catarina. A cláusula de reserva de propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. ano II 2005, p. 9 e ss.
- ROCHA, Manuel António Coelho Da. *Instituições de Direito Civil Portuguez.* t. II, 8. ed. aperf., Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1917.

- SALVATORE, Patti; LETIZIA, Vacca. Trattato delle Obbligazioni, vol. V, *Le Figure Speciale*. Padova, Cedam, 2010.
- SERRA, Adriano Vaz. Efeitos dos Contratos Princípios Gerais, *Boletim do Ministério da Justiça*. Separata, n. 74, 1958.
- SILVA, João Calvão Da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1987.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. Invalidade e Registo. A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé. Coimbra, Almedina, 2010.
- TELLES, Inocêncio Galvão. Contratos civis Projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* vol. IX-X, 1953-1954, p. 144 e ss.
- \_\_\_\_\_\_. Mandato sem Representação (Parecer), Colectânea de Jurisprudência. ano VIII, 1983, T. III, p. 6 e ss.
- \_\_\_\_\_. Venda Obrigatória e Venda Real, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. ano V, p. 76 e ss.
- VARELA, João Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 1985, Revista de Legislação e de Jurisprudência. 122, 1989-1990, p. 314 e ss.
- VENTURA, Raúl. O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos Essenciais: A Transmissão Da Propriedade Da Coisa Ou Da Titularidade Do Direito; A Obrigação De Entregar A Coisa, *Revista da Ordem dos Advogados*. 1983, p. 587 e ss.
- VISINTINI, Giovanna. Trattato Breve della Responsabilità Civile, Fatti Illeciti. Inadempimento. Danno Risarcibile, 3. ed. Padova, Cedam, 2005.

# PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- O registo provisório de aquisição no ordenamento jurídico português, Mônica Jardim RDI 61/251-271, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 8/1019-1042(DTR\2006\812); e
- Penhora de imóvel (aspectos substantivos, processuais e registais), Mônica Jardim RDI 61/81-102(DTR\2006\810).

# REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DESARROLLO DE LOS MERCADOS DE CREDITO HIPOTECARIO

# PROPERTY REGISTRY AND DEVELOPMENT OF MORTGAGE CREDIT MARKETS

#### FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil. Actualmente Registrador de la Propiedad de Barcelona. Es miembro del Consejo de Dirección del Centro para la Ivestigación y Desarollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM) de la Universidad de Barcelona. Ha sido Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2001-2006) y Fundador y primer Presidente de la "European Land Registry Asociation" (2003-2006).

fpmendez@registradores.org
fpmendez@fernandopmendez.eu

Área do Direito: Imobiliário e Registral

RESUMEN: En el presente trabajo el autor explica, por medio de la llamada "ingenería reversa", la relación que existe entre los sistemas registrales y los mercados hipotecarios, más específicamente, entre el grado de eficiencia y de eficacia de un sistema registral y el desarrollo de los mercados hipotecarios.

**Palabras clave:** Ingenería reversa – Sistemas registrales – Mercado de credito hipotecario.

**Abstract:** In this paper the author explains, by using the so-called "reverse engineering", the relationship between registry systems and mortgage markets, more specifically between the degree of efficiency and effectiveness of a registry system and the development of such markets.

**Keywords:** Reverse engineering – Registry systems – Mortgage credit market.

Sumario: 1. Introducción. 2. La función de los sistemas registrales. 3. Los sistemas registrales como reductores de asimetrías informativas. 4. Tipos de sistemas registrales. 5. La eficiencia de los sistemas registrales. 6. Evidencias empíricas sobre la relacion entre sistema registral y mercado hipotecario. 6.1. Eficacia operativa de los registros. 6.1.1. Comparación de costes operativos. 6.1.2. Tiempo de formalización de registro y de ejecución de las garantías hipotecarias. 6.2. Variables socioeconómicas. 6.2.1. Tamaño relativo del mercado hipotecario. 6.2.2. Inversión extranjera en inmuebles. 6.3. Los tipos de interés. 7. Obstáculos para el desarrollo empresarial en América Latina. 8. Referencia a las políticas de formalización y su impacto sobre el crédito hipotecario.

# 1. Introducción<sup>1</sup>

Los sistemas registrales desempeñan funciones esenciales en una economía de mercado, no solamente en relación con el desarrollo de los mercados crediticios –singularmente hipotecarios-, sino, también, en relación con el funcionamiento eficiente del sistema económico en su conjunto.

La presente exposición tiene por objeto sin embargo, explicar unicamente el primer aspecto, esto es, la relación existente entre los sistemas registrales y los mercados hipotecarios, más concretamente entre el grado de eficiencia y de eficacia de un sistema registral y el desarrollo de tales mercados.

Aún así, para comprender tal relación en toda su profundidad es preciso hacer una referencia, por breve que sea, a la función económica general de un sistema registral. Ello nos permitirá, además, poder entender mejor los sistemas registrales y evaluar el grado de eficiencia y de eficacia de los mismos.

Para ello, recurriremos al método denominado "ingeniería inversa". <sup>2</sup>Como explica, S. Pinker, mientras en la ingeniería proyectual se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la ingeniería inversa trata de averiguar la función para la que una máquina fué diseñada. Pero la ingeniería inversa solo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión.

Y esta idea –básica en una concepción evolutiva- es aplicable no solo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados o fabricados por el hombre, y también, cual es el caso del registro, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

I identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional creado para desempeñarla, y entonces, y solo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar su grado de eficiencia y de eficacia y de hacer, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la in-

<sup>1.</sup> Conferencia pronunciada en Sao Paulo (Brasil) el 15-09-2006, con motivo del evento Feraban.

<sup>2.</sup> Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana, o del funcionamiento de la mente. Vide, por todos, Pinker, Steven *Como funciona la mente*, p.. 39, 40, 66. Ed.: Destino, 2000, Barcelona

genieria inversa es la que nos permite hacer una buena ingeniería proyectual, también en el ámbito institucional.<sup>3</sup>

3. Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional, en el que pretende desarrollarse este trabajo. Como señala S. Pinker en op. cit. Fue Darwin quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los "órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración" surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un periodo de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. Harvey quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja...¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilaginosos?. Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estratagia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión. De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto, o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione. Es, además, el procedimiento que utilizamos todos nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.gr.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de x por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vide S.Pinker, op. cit. Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente – función – de las instituciones – y de cada una de sus partes-antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determin ada institución y de que los resultados de las reformas sean muy distintos de los deseados. Este es el sentido de un refrán español, según el cual "el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones". Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución – y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra – sea utilizado por determinados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fuercen un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vide. Vgr.: Posner, R.A El análisis económico del Derecho, pags. 502 ss. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1998.

# 2. LA FUNCIÓN DE LOS SISTEMAS REGISTRALES

Decíamos que la "ingeniería inversa" requiere una pista de la función para la que fué diseñado el aparato o la institución en cuestión.

Pues bien, en el caso de los registros tenemos algo más que una pista. Tenemos declaraciones explícitas por parte de los legisladores: se trataba de fomentar el crédito territorial, esto es de convertir a los bienes inmuebles en activos económicos, capaces de servir de garantía al crédito, la gran palanca de toda economía moderna que, como se ha dicho, no es sino una economía de créditos. Para que los inmuebles puedan cumplir esta función es necesario que se den dos condiciones: (1) que la propiedad sobre los mismos sea una propiedad segura y (2) que sea fácilmente transmisible.

En el ámbito "micro" o "intrainstitucional" puede darse también un fenómeno parecido. Puede suceder que quien tiene a su cargo una parte de la institución entienda muy bien el mecanismo –cómo funciona esa parte – pero no la función de esa parte dentro de la institución, o que conozca la función de esa parte, pero no la de la institución en su conjunto, ni la de la institución dentro del sistema general. En tales situaciones, es difícilmente evitable que se produzca un déficit, más o menos importante, de eficiencia o de eficacia de la institución como tal.

- 4. Lepage, Henri. Por qué la propiedad, C.C.E Madrid, 1985.
- 5. La exposición de motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria de 11 de Febrero de 1858, es de una claridad meridiana: "Cuando la propiedad no puede transmitirse facil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas". Asimismo, la "Exposición de 6 de Junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria": "...Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble,ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación...la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario dl yugo de usureros despiadados". Pone de manifiesto B. Oliver que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos "al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública; la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían... nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer

En efecto, cuando quien adquiere una propiedad inmobiliaria adquiere una "caja de sorpresas" —no puede estar seguro de si ha adquirido del verdadero dueño, o si hay cargas que no ha podido conocer porque el transmitente no se las ha revelado o porque tampoco las conocía —, porque no puede conocer el verdadero "estado civil" de la propiedad que adquiere o porque solo puede hacerlo a un precio extremadamente elevado, la consecuencia es que hay pocas transacciones, los mercados no se desarrollan y la propiedad así adquirida no sirve de garantía para acceder al mercado de capitales.

Desde Adam Smith sabemos que la especialización – la división del trabajo – es la base del bienestar público. A mayor especialización mayor crecimiento y mayor bienestar. La especialización implica interdependencia y ésta intercambios voluntarios en beneficio recíproco.

Pero intercambiar – contratar – no es fácil. El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo ajeno.

Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta.<sup>6</sup> Directamente, porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización.

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes. Como ha observado R.Wright, para que los individuos y grupos – que persiguen el interés propio – quieran obtener beneficios comunes, es decir, quieran cooperar, intercambiar, es preciso resolver dos problemas previos: la incomunicación y la

simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible". Esta reforma simultanea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito –comercial e hipotecario- apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectira registral que se introducía., como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vide Méndez González Fernano Pedro, *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles e España, Santiago de Compostela 24 de Octubre de 2004.

Hirshleifer, J. The Dark Side of the Force, Economic Inquiry, 32, 1994, citado por Arruñada B en Limites institucionales al desarrollo de la empresa, en Pepeles de la Economía Española, 78-79, 1999.

desconfianza,<sup>7</sup> o, si se prefiere, la desconfianza generada por el desconocimiento, la desinformación, la incomunicación.<sup>8</sup>

Pues bien, la humanidad, a lo largo de la historia ha ido generando todo tipo de tecnologías dirigidas a superar estos obstáculos y facilitar así los intercambios. Así, como han puesto de manifiesto A. Johnson y T. Earle, en la época de los liderazgos supraaldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura –"el hombre importante", dotado de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado.<sup>9</sup>

La invención de la escritura fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos. Si la falta de información, y por tanto las dificultades para obtenerla, son uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información –cual es el caso de la escritura- facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no solo sirve para transmitir información, sino para generar confianza. 10

En efecto, en la Antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque había un registro que lo atestiguaba.

Pero, como observa R. Wright, la escritura no fue ni mucho menos lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

<sup>7.</sup> Vide. Wright, R *Nadie pierde. La teoría de los juegos y la lógica del destino humano*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2005, p. 354.

<sup>8.</sup> Todas las actividades económicas están sometidas a esta lógica, que obliga a los individuos a salvaguardar con cuidado los intercambios, lo que impone unos costes que se han venido en denominar "costes de transdascción", que tienen por finalidad reducir este derroche de recursos y posibilitar una mayor especialización.

<sup>9.</sup> Johnson, A y Earle, T, The Evolution of Human Societies: from Foraging Group to Agrarian State, Stanford U.P, 1987.

<sup>10.</sup> De hecho, como pone de manifiesto Wright en op. cit., p. 107, aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano –poesía, filosofía, ciencia-, surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí, la siguiente cita que hace del New York Times de 11 de noviembre de 1997, que decía lo siguiente: "La referencia escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una insveripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser?, ¿Versículos de una plegaría? ¿Un himno a la divinidad?. No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado."

Otro medio fue la sistematización de la justicia: la seguridad de que los tramposos serían castigados. Pero también para ello la escritura era de un valor inestimable, ya que los códigos tienen más precisión y autoridad cuando se gravan en algo. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna —escrito un siglo antes que el celebérrimo Código de Hammurabi- no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza, cuando se trataba de préstamos u otras transacciones.<sup>11</sup>

La clave está en que, las tecnologías de la información, al abaratar el coste del transporte de datos y su conservación, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes, y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

Obsérvese que las tecnologías de la información, al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es disminuir las asimetrías informativas entre los individuos.

# Los sistemas registrales como reductores de asimetrías informativas

Piénsese que una de las caracteristicas de las economías reales es que el nivel de información/desinformación *no* es homogéneo, sino que, por el contrario, son habituales los supuestos de asimetría informativa, es decir los supuestos en los que una de las partes conoce mucho mejor que la otra los atributos –incluidos los jurídicos, que constituyen el único aspecto relevante a los efectos de esta exposición – del bien objeto de intercambio.

Las derivaciones de la asimetría informativa son múltiples así como las instituciones – tecnologías organizativas – generadas por la humanidad a lo largo de la historia para prevenir o compensar los riesgos que de ella derivan.

De todo ello, interesa destacar ahora, primordialmente, dos aspectos aspectos:

(a) probablemente, a la parte mejor informada respecto de los atributos jurídicos del bien objeto de intercambio le reporte alguna utilidad ocultar esa

<sup>11.</sup> Puede verse todo ello en Wright, R, op. cit. p. 107 ss.

información. Según el supuesto conductual que maximiza la riqueza, la parte mejor informada ocultará o mentirá cuando el beneficio de tal comportamiento sea mayor que el de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan. La asimetría informativa, por tanto, genera el riesgo de comportamientos oportunistas, especialmente graves en el ámbito inmobiliario, lo cual dificulta el intercambio y la especialización;<sup>12</sup>

(b) la existencia de mecanismos eficientes y eficaces dirigidos a disminuir las incertidumbres derivadas de los asimetrías informativas deviene así en un obstáculo crítico para aumentar la especialización, el intercambio y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar, pues su consecución requiere una larga y compleja cadena de contratos.<sup>13</sup>

<sup>12.</sup> El éxito del oportunista conduce a un incremento generalizado de costes transaccionales. Sobre este particular, mas extensamente Méndez González, F.P La función calificadora:una aproximación desde el análisis económico del Derecho, en Gómez Gálligo F.J (ed) La calificación registral, Tomo I. Ed. Civitas, Madrid 1996. Piénsese que uno de los problemas fundamentales que se planteaban en España con anterioridad a 1861 era el denominado "crimen stellionatus", es decir, la ocultación por el vendedor al comprador de las cargas que pesaban sobre el inmueble, lo cual dificulta el intercambio y la especializavción. En este sentido, es necesario considerar que, al concretar las ventajas derivadas de la especialización en el ámbito inmobiliario, suelen distinguirse las asociadas a inversiones específicas y las asociadas al papel de los inmuebles como garantía crediticia, por lo que resulta claro que el disponer de un sistema bien desarrollado de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles genera incentivos eficientes para efectuar inversiones específicas sobre esos mismos bienes y facilita su utilización como garantía para el cumplimiento de otros contratos, singularmente de crédito Estos aspectos, fueron meridianamente puestos de manifiesto en el Dictamen de la Comisión del Congreso acerca del proyecto de ley autorizando al Gobierno para la reforma de la legislación hipotecaria vigente, emitido el 18 de Febrero de 1858. En él puede leerse: "...las hipotecas tácitas y las cargas ocultas no permiten contratar sobre los bienes raices con toda la seguridad que exigen la justicia y el interés público. Y por último, la existencia indefinida de estas mismas hipotecas y cargas son para el propietario una amenaza constante que le roba la tranquilidad y la confianza a que tiene derecho según la naturaleza de su dominio.

<sup>...</sup>El crédito territorial, que se funda principalmente en la confianza del reembolso de los capitales prestados no puede prosperar y desenvolverse alli donde la propiedad, por efecto de las leyes que la rigen, no es una garantía indefectible". En efecto, en una situación así, se genera: 1-Un bajo nivel de confianza de los inversores y, en consecuencia, bajos niveles de inversión privada. 2-Escasa seguridad en el ejercicio de los derechos, lo que condiciona, a su vez, que los mercados de compraventa y alquiler sean ineficientes. 3-Escaso desarrollo del sector crediticio, especialmente del hipotecario.

<sup>13.</sup> Vide North D.C en *Instituciones*, *cambio institucional y desempeño económico*. Ed Fondo de Cultura Económic, 1995. También méndez Gonzáles F.P en "Seguridad del

Pues bien, la función central de los sistemas registrales consiste en contribuir a disminuir e, incluso, eliminar las asimetrías informativas referentes a los atributos jurídicos de los inmuebles objeto de intercambio, vedando esta vía de incursión a los comportamientos oportunistas.

En este aspecto, cumplirán tanto más eficazmente su función cuanto más información y de mejor calidad suministren al respecto, de modo que la misma sea aceptada, tanto por sus atributos legales como por su reputación, como insumo incuestionable tanto en el ámbito contractual como en el judicial.

Desde un punto de vista económico, es esencial entender que la utilidad de los productos registrales para las empresas –para todas, pero singularmente para las crediticias – y en general para los diferentes agentes económicos depende de cuál sea el valor que les otorguen los jueces. El motivo reside en que la contratación privada sólo se basará en la información registral si, en caso de litigio, los jueces respaldan los pronunciamientos registrales, pues, de lo contrario, el mercado atenderá a otros elementos a los que los jueces concedan mayor valor probatorio. El lo redundará en una disminución de la litigiosidad, con el subsiguiente ahorro transaccional, dadas las diferencias de costes entre el proceso de inscripción y el de litigación hasta obtener una sentencia. Disminuye también el coste de la litigación. Véanse las siguientes tablas.

tráfico versus seguridad de los derechos: xun falso dilema", trabajo presentado en el Wrkshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in de vcreationo inmovable Property Markets:Protecting Rights*, celebrado en Madrid los días 28 y 29 de Septiembre de 2000, organizado por la UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

<sup>14.</sup> Esta idea fundamental aparece expuesta y desarrollado en el informe Simplificación administrativa para PYMES: Sistema de seguimiento y evaluación de proyectos. Una estrategia de creación de valor, realizado por la empresa Registra SLU del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para el Banco Mundial, en 2005. Fue realizado por un equipo de consultores dirigido por Benito Arruñada. En dicho informe se señala también que, precisamente por este motivo, es necesario pensar en estos aspectos jurídico-judiciales cuando se proyectan reformas de los sistemas registrales, si se quiere que tales reformas sean realmente útiles para las empresas y, en general, para la economía.

#### El Registro de la Propiedad y los costes de litigiosidad



Fuente: AFI

Aproximación	a I	a estimación	de	las	tasas	de	litigiosidad
--------------	-----	--------------	----	-----	-------	----	--------------

	Hipotecarios	Arrendaticios
Volumen de litigiosidad (Registros de asuntos Juzgados de 1ª Instancia)	6.360	27.345
Volumen de Actividad	6.201.887 (*)	4,411,619 (**)
Tasa de litigiosidad (%)	1,03	6,20

<sup>(\*)</sup> Inscripciones, anulaiones y ancelaciones practicadas por los Registros (2002)

Fuente: AFI a partir de CGPJ, INE, DGRN

Costes del Registro de la Propiedad versus costes de la litigiosidad



Nota: (\*) Estimación arancel registral a partir del precio de vivienda media en España 2004 para una compraventa con hipoteca, incluyendo tasa de presentación reducciones aplicables tras las reformas de 1999 y 2000

Es preciso también entender que el valor reputacional de la información registral y, a la postre, también su valor legal- se halla en función directa de su calidad<sup>15</sup> y ésta depende del proceso de producción de la misma. Por ello el tipo de servicios que produce el registro viene determinado en gran medida

<sup>(\*\*)</sup> Número de viviendas en alquiler o bajo otro régimen, y estimación de locales comerciales y otros inmuebles no residenciales en arrendamiento

<sup>15.</sup> Calidad en el ámbito registral quiere decir extensión –idealmente complitud- que abarque todos los elementos jurídicamente relevantes y fiabilidad. Solo de este modo, la información registral puede vencer los dos grandes obstáculos para la cooperación, a saber: incomunicación y desconfianza, señalados al principio de la exposición.

por la estructura de la organización encargada de producirlos y, a su vez, el tipo de servicios que se desea que produzca el registro determina, en gran medida, la estructura de dicha organización<sup>16</sup>

#### 4. TIPOS DE SISTEMAS REGISTRALES

Es sabido que no todos los sistemas registrales son del mismo tipo, y también que no todos los del mismo tipo son igualmente eficientes ni eficaces.

Expuesta la función primaria de los sistemas registrales –fomentar el crédito territorial, mediante la seguridad de la propiedad y su facil movilidad –, es preciso hacer una breve referencia a los dos tipos fundamentales de sistemas, para después, poder evaluar su grado de eficacia en re<sup>17</sup> lación con el objetivo perseguido o, si se prefiere, con la función asignada.

- 16. Es éste un aspecto fundamental en el que no nos podemos detener por no ser el objeto de esta exposición. Pero es fundamental ser consciente de ello. Obviamente la fiabilidad de la información registral requiere rigurosos controles de entrada realizados por una organización registral independiente. Tales controles suelen ser molestos para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, a menudo, suelen utilizar su capacidad de interlocución política para intentar suprimirlos o eliminarlos, sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal (pérdida o disminución de valor probatorio). Esta dilución puede ser eficiente en determinados casos, pero ha de decidirse tras estudiar detenidamente costes y beneficios, en vez de dar por supuesto que los beneficios exceden a los costes. Por el contrario, la experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes - explícitos e implícitos - de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el registro pueda prestar su mayor utilidad: reducir costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general.
  - Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una organización independiente, competente y eficientemente estructurada.
- 17. Evidentemente, se trata de una referencia somera. Por otra parte, no es momento de entrar a evaluar en profundidad las diferencias de eficacia y de eficiencia dentro de los mismos tipos de sistemas registrales, lo que se halla íntimamente relacionado con su organización y con su gestión.

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen – de documentos y de derechos – son dos respuestas distintas a una misma pregunta:si alguien adquiere de buena de quien no es dueño, ¿a quién debe proteger la ley? ¿al verdadero dueño? ¿al adquirente de buena fé?. Si se opta por la primera solución estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos.<sup>18</sup>

Los registros de documentos también denominados de mera oponibilidadse caracterizan por archivar los documentos, dando fé de su entrada y emitiendo copias o certificaciones de su contenido. La ley suele establecer, además, que los documentos no presentados, no son oponibles a terceros. Por ello, no informan acerca de quién es el legítimo propietario, o, al menos, la persona de quien se puede adquirir sin temor a evicción. En consecuencia, es necesario recurrir bien a procedimientos judiciales previos a la adquisición, bien al seguro privado, si se quiere tener una cierta seguridad, al menos indemnizatoria, o se desea utilizar el inmueble como garantía de un crédito. Cuando la ley asigna el efecto de inoponibilidad, produce una importante consecuencia: aunque no informen acerca de quién sea el dueño y demás extremos necesarios, en relación a los terceros, el dueño es, necesariamente, solo uno de los que el registro publica.

Los registros de derechos, también denominados de fe pública, se denominan así porque la inscripción produce, junto con otros un efecto fundamental denominado, precisamente "fe pública registral". Tal efecto, consiste en que quien adquiere, mediante contraprestación, confiando en lo que el registro publica, es mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del transferente, si la causa de anulación o de resolución de su derecho no constaba en el propio registro y era ignorada por el adquirente — bona fides —. El Registro desempeña así, respecto del adquirente una doble función: de publicidad y de garantía de lo publicado.

Para que este fundamental efecto se pueda producir es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a tercero, el contenido de la inscripción registral

<sup>18.</sup> Para un examen más amplio de estas cuestiones, Méndez González F.P., La función económica del sistema registral, Revista Crítica de Derecho Inmbiliario, 2002. También, Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema.en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003. Asimismo Arruñada, Benito, Sistemas de titulación dr la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa. Ed. Palestra, Perú, 2004. También Pardo Núñez C.R La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado. Puede verse en La calificación registral. T I. Gómez Galligo F.J ed. Civitas. Madrid 1996.

se imponga al contenido del títlo que la motivó, salvada la buena fe del tercero. Es necesario, asimismo, que el registro ejerza una función de control legal, mediante la cual supwervisa que las correspondientes transacciones respeten el ordenamiento legal, tanto en lo que respecta a terceros como a los propios contratantes. Al control se conecta el efecto fe pública, el derecho queda intabulado y el registro se convierte en un sistema de producción de derechos de propiedad aptos para el mercado ("marketables").

Las inscripciones registrales pueden así informar a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad para disponer y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así, idealmente, eliminar las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz. 19

# 5. La eficiencia de los sistemas registrales<sup>20</sup>

Tanto la literatura académica, como los textos profesionales y los documentos de las agencias internacionales de desarrollo<sup>21</sup> coinciden en señalar que el registro de derechos es más eficiente que el registro de documentos, sin perjuicio de que incluso este último sea preferible a una situación en la que no exista ningún tipo de publicidad registral.<sup>22</sup>

<sup>19.</sup> Este efecto potencialmente expropiatorio de los registros de derechos – en el límite sacrifican al verdadero sueño – puede ser previsto por la ley a condición de que el supuesto de hecho no se de nunca o casi nunca, pues de lo contrario tales sistemas se colapsarían. Ello requiere que la organización registral sea independiente y muy profesional integrada por profesionales de alto nivel, de modo que la tasa de errores registrales que puedan dar lugar a expropiaciones o pérdidas de algún tipo de derechos sea insignificante. Cuestión distinta es que tales supuestos se produzcan porque los titulares no quieran acudir a la protección registral – cuando la inscripción es voluntaria –.

<sup>20.</sup> Vide Méndez González F.P, Seguridad del tráfico versus. y Arruñada B., Sistemas de tirulación...

<sup>21.</sup> Las cuales han sido miuy activas durante los últimos años en organizar y apoyar sistemas institucionales en los paises menos desarrollados y en las antiguas economías socialistas.

<sup>22.</sup> Pueden verse a este respecto, entre otros, el informe del Banco Mundial "From Plan to the Market", 1996. También Land Administration in the ECE Region. Development Trends and Main Principles 2004 Un-Ece Nueva York y Ginebra.

Incluso, en los Estados Unidos los expertos independientes consideran ineficiente su peculiar sistema, basado en la mayoría de los condados en unos registros públicos de documentos – mal organizados – lo que ha hecho necesario suplir la inseguridad jurídica con un seguro privado de titulos.<sup>23</sup>

	REGISTRO DE DOCUMENTOS	REGISTRO DE DERECHOS		
Efectos	Inoponibilidad de los titulos no depositados	Inoponibilidad de los titulos no depositados		
		Garantia de lo publicado		
Ventajes	Fácil organización	Reducción de la incertidumbre		
	Bajos costes	Reducción de los costes de transacción		
	Celeridad	Reducción de las asimetrias informativas		
Inconvenientes	Sin control previo de legalidad	Costes del registro		
	Seguridad juridica insuficiente	Plazos procedimiento		
	Mecanismos adicionales de aseguramiento	Rigor proedimental		
	Costes para los particulares			
	Inseguridad Jurídica	Seguridad Jurídica		

Sistema de documentos y de derechos

Fuente: AFI

Por otro lado, esta valoración teórica tiene un fundamento empírico, pues el registro de derechos es también la fórmula dominante en el mundo.<sup>24</sup>

<sup>23.</sup> Bostick C.D, 1987 Land Title Registration. An English Solution to an American Problem, Indiana Law Journal, vol 63., p. 57, sostiene que "current practices in all American jurisdictions are wastefull, unreasonably expensive, archaic, and worst of all, uncertain to achieve that which they purportdedly intent to acmplish:certaninty in land awnership". Sin cuestionar estas afirmaciones, algunos autores estadounidenses guardan alguna reserva solo para el coste de introducción de un registro de derechos en un pais desarrollado dotado de un registro de documentos. Vide. Cribbet J.E, Principles of the Law Property, The Foundation Press, Nineola, N.Y. 1975.

<sup>24.</sup> Vide, especialmente para Europa y Canadá, Manthorpe, J. Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation, imprimido y publicado en colaboración entre entre UN-ECE Working Party of Land Administration y Her Majesty Land Registry, London, May. 2000.

	Sistema de derechos	Sistema de documentos
Constitutito	Alemania Austria	
	Polonia	
Predominantemente	Dinamarca	Bélgica
declarativo	España	Francia
	Finlandia	Holanda
	Grecia	Italia
	Hungria	Luxemburgo
	Irlanda	EE. UU.
	Letonia	
	Portugal	
	República Checa	
	Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e	
	Irlanda del Norte)	
	Suecia	

Clasificación de los registros según sistema y carácter de la inscripción

Fuente: AFI

En Europa, no solo por ser la utilizada en la mayoría de los estados, sino porque su utilización está aumentando y ello por dos vías. Por un lado, varios de los paises que empleaban el registro de documentos se hallan en transición hacia un registro de derechos (Grecia y Escocia, como antes Inglaterra). Por otro lado, el registro de derechos ha sido la opción elegida por casi todos los paises del este para desarrollar su sistema de seguridad jurídica de la propiedad, al abandonar el sitema de economía planificada.

Se observa asimismo que el registro de derechos es autosuficiente, en el sentido de que para cubrir el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado no es necesario acudir a mecanismos complementarios – con sus correspondientes costes de seguridad económica –, lo que reviste una considerable importancia.

	USA	Inglaterra y Gales	Escocia	España	Francia	Alemania
Cost. Totales en \$						
Abogado	1.000	879	1.793	-	-	-
Certificación	-	101	100	21	12	3
Notario	18	-	-	343	960	3.000
Registro	50	150	404	94	75	252
Seguro del título	525	-	-	-	-	-
Costes legales	1.593	1.130	2.297	458	1.047	3.255
A.P.I.	4.500	1.893	851	3.000	3.750	4.125
Costes de transacción	6.093	3.023	3.148	3.458	4.797	7.380
Impuestos	2.250	750	750	4.500	5.357	1.500

	USA	Inglaterra y Gales	Escocia	España	Francia	Alemania
Costes totales	8.343	3.773	3.898	7.958	10.154	8.880
Coste en porcentaje						
Abogado Certificación Notario Registro Seguro del título	1,33% - 0,02% 0,07% 0,70%	1,17% 0,14% - 0,20%	2,39% 0,13% - 0,54%	0,04% 0,46% 0,13%	- 0,02% 1,28% 0,10%	- 0,00% 4,00% 0,34% -
Costes legales A.P.I.	2,12% 6,00%	1,51% 2,52%	3,06% 1,13%	0,63% 4,00%	1,40% 5,00%	4,34% 5,50%
Costes transacciones	8,12%	4,03%	4,19%	4,63%	6,40%	9,84%
Impuestos	3,00%	1,00%	1,00%	6,00%	7,14%	2,00%
Costes totales	11,12%	5,03%	5,19%	10,63%	13,54%	11,84%

Fuente: B. Arruñada "The Econoics of Notaries" European Journal of Law and Economics, Vol. 3, n° 1 1996 p. 6 Y M. Gallanter, M. Ballard and J. Esse, "The cost of Common Legal Transactions in the United States", Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994.

Servicio		Estados Unidos	España	Super USA	
	Mínimo	Máximo	Media		
Seguro de títulos	\$ 450	\$ 600	\$ 525	\$0	\$ 525
Honorários Abogados	500	1.500	1.000	0	1.000
Derechos Registradores	40	60	50	94	-44
Derechos Notarios	10	25	18	343	-325
Costes Legal equivalente	1.000	2.185	1.593	437	1.156

Fuente: B. Arruñada "The Econoics of Notaries" European Journal of Law and Economics, Vol. 3, nº 1 1996 p. 6 Y M. Gallanter, M. Ballard and J. Esse, "The cost of Common Legal Transactions in the United States", Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994.

En efecto, si bien la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, la igualdad en sentido contrario por la que la seguridad económica incorpora seguridad jurídica es imposible por definición, pues el adquirente desposeído percibe una compensación pero pierde el bien, lo que permite concluir que la seguridad económica es un sucedáneo imperfecto de la jurídica.<sup>25</sup>

<sup>25.</sup> Esta idea aparece desarrollada en Arruñada B, *Sistemas de titulación...* en el que se basa gran parte de este apartado.

Ello se confirma empíricamente por dos vias. Por un lado, al observar que los seguros de título estadounidenses no cubren el valor del bien, sino tan solo todo o una parte del precio de compra.<sup>26</sup>

Por otro lado, el aseguramiento económico se desarrolla en proporción inversa a la seguridad jurídica.<sup>27</sup>

Este último aspecto es de una especial relevancia. En efecto, como sabemos, los registros públicos se han desarrollado en grado diferente en los diferentes paises, produciendo por sí mismos seguridad jurídica en grados también muy diferentes. Por este motivo, en aquellos paises en los que los efectos del registro son menores, es de esperar un mayor desarrollo de las funciones ejercidas por los demás participantes en el proceso, así como la aparición de organizaciones especializadas, en respuesta a la demanda de seguridad no cubierta por el sistema registral, al contrario de lo que sucede en los paises dotados de registros con mayores efectos, lo que nos permite afirmar que el nivel de seguridad del tráfico jurídico está en función directa de los efectos asignados al sistema registral por el sistema legal en cada país. En definitiva del grado en que el sistema informa de quién es el titular de cada derecho, de su capacidad para disponer, así como de las cargas que pesan sobre el inmueble y que pueden anteponerse al derecho del potencial adquirente, y del valor probatorio que tales informaciones tengan ante los tribunales en caso de litigio.

Así, las evidencias empíricas muestran que aquellos paises que se han dotado de sistemas registrales productores de fuertes efectos jurídicos, el mercado no ha generado mecanismos alternativos o complementarios de seguridad sencillamente porque no los necesita.<sup>28</sup>

<sup>26.</sup> Vide Vargas, J.A El seguro de títulos de propiedad inmobiliaria en Estados Unidos, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México D.F. 1994.

<sup>27.</sup> No existe como tal en Alemania, Inglaterra o España; ha fracasado en Australia, mientras que florece, en cambio, en Estados Unidos y, en parte, en Francia.

<sup>28.</sup> Se observa así que en los paises con registros de derechos, como son el alemán, el inglés o el español, la propia eficacia del registro en la definición y protección de los derechos hace innecesaria – e inviable por el conflicto de intereses que entrañaría una intervención de quienes preparan los documentos – sean partes, abogados o notarios- más allá de la dirigida a conformar la voluntad de las partes. Como mucho, la intervención pública de los notarios latinos o de los abogados especializados en transacciones de "conveyance" se reduce a controlar ciertas dimensiones de la calidad de los documentos – identidad, capacidad, consentimiento y concordancia entre lo dicho y lo escrito – con el fín de que los documentos que aspiran a entrar

Los fuertes efectos de los registros de derechos necesitan obviamente rigurosos controles de entrada a los mismos, efectuados por una organización independiente y cualificada, como se ha expuesto repetidamente.

# 6. Evidencias empíricas sobre la relacion entre sistema registral y mercado hipotecario<sup>29</sup>

En esta apartado, vamos a tratar de analizar si la evidencia empírica disponible sobre los dos tipos de registros – de derechos y de documentos – puede aportarnos alguna información sobre la diferente contribución de ambos al desarrollo del mercado hipotecario.

Con el fín de establecer una relación directa entre los tipos de registros y el desarrollo del mercado hipotecario, se ha realizado una comparación entre los correspondientes a los cinco mayores paises de la Unión Europea: Alemania, Reino Unido, <sup>30</sup> España, Francia, e Italia. De ellos, los tres primeros poseen registros de derechos y los dos últimos registros de documentos. <sup>31</sup>

El contraste de los datos manejados resulta complejo en la medida en que hay factores determinantes, distintos del tipo de registro, como pueden ser los tipos de interés, el crecimiento del PIB, o la composición y costumbres de una población, que tienen también relación con el grado de desarrollo del mercado hipotecario, lo que tiende a oscurecer el efecto del tipo de registro.

Por esta razón se procura encontrar patrones comunes entre los paises con un mismo tipo de registro y contrastarlos con los que se observan en los paises con el tipo de registro alternativo.

en el registro reunan ciertos requisitos mínimos, lo que permite, a su vez, una mayor especialización de los registros.

<sup>29.</sup> Este epígrafe está desarrollado tomando como base dos trabajos. En primer lugar, el trabajo denominado *La función económica del registro de la propiedad inmobiliaria*. Fue elaborado por Analistas Financieros Internacionales, para el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en 2005. En segundo lugar, el trabajo denominado *Study on the Financial Integration of European Mortgage Market, de* 2003, elaborado por Mercer Oliver Wyman para la European Mortgage Federation.

<sup>30.</sup> Aunque deberíamos diferencias entre los registros implantados en Inglaterra y Gales y Escocia e Irlanda del Norte, por simplicidad y por la disponibilidad de datos estadísticos, los informes se refieren genéricamente al Reino Unido.

<sup>31.</sup> Todo ello con independencia de que los Registros de la Propiedad de cada país presenten diferencias sustanciales en términos operativos, tecnológicos e institucionales.

### 6.1. Eficacia operativa de los registros

Aquí seleccionaremos tres variables directamente relacionadas con la forma de operar del registro de la propiedad en los paises estudiados.

Costes y tiempos de	los principales	sistemas registrales	europeos

Datos 2003	Regis	stro de dere	Registro de docu- mentos		
	RU	España	Alemania	Italia	Francia
Costes operativos / saldo vivo de crédito hipotecario	0,40%	0,38%	0,43%	0,72%	0,68%
Tiempo medio de ejecución de un garantía (meses)	15	10	15	60	15
Tiempo medio de formalización del registro (meses)	0,80	0,22	0,42	1,18	1,00

Fuente: AFI, a partir de Mercer Oliver Wyman (2003)

Contrastando estas ratios con lo que cabría esperar de lo que hemos venido exponiendo de ambos tipos de registros, resulta evidente que el nivel de los costes operativos y los tiempos de ejecución y formalización son claramente mayores en los paises con registro de documentos. Lo que confirma empíricamente el argumento que sostiene que el registro de derechos es más eficiente e involucra menores costes que el de documentos.

Con el fín de profundizar en este aspecto, veamos a continuación cada una de las variables manejadas.

# 6.1.1. Comparación de costes operativos

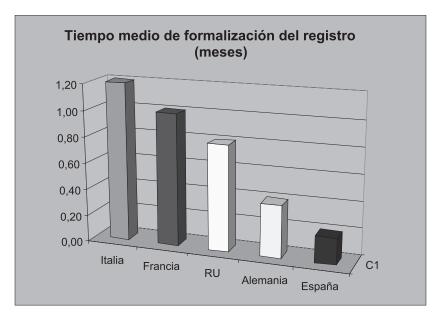
Un elemento particularmente relevante en la formación de precios en el mercado hipotecario viene dado por los niveles de costes de operación asociados a los procesos de distribución, establecimiento y servicio de las hipotecas.<sup>32</sup> Aspectos relacionados con la eficiencia del registro de la propiedad y el tiempo necesario para la reposición de las garantías pueden verse reflejados en el nivel de los costes de operación de las entidades que participan en cada mercado.

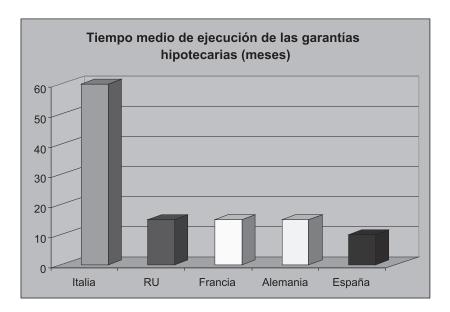
<sup>32.</sup> El estudio de Analistas Financieros Internacionales (AFI) toma estos datos del Informe Giman, el cual, a pesar de afirmar que los niveles de costes son altamente comparables, también recomienda tener en cuenta las diferencias en los modelos de negocio hipotecario de cada país.

Analizando la ratio de costes de operación sobre el saldo vivo de crédito hipotecario, se observa que son precisamente los países con registros de derechos- Alemania, Reino Unido y España- los que presentan una mayor eficiencia en sus procesos de gestión hipotecaria. Aunque los mercados hipotecarios del Reino Unido y de Alemania son – dentro de la muestra analizada – los de mayor tamaño, y la anterior conclusión podría interpretarse en términos de economías de escala, no sucede así en el caso de España, que, además, es el país que presenta menores *costes* operativos, por lo que nada impide asociar esta circunstancia a una mayor eficiencia de los registros de derechos, sobre todo cuando se observa el tamaño del salto que se produce en los costes operativos de los registros de documentos.

# 6.1.2. Tiempo de formalización de registro y de ejecución de las garantías hipotecarias

Al contrastar la ratio de eficiencia anteriormente mencionada con el tiempo medio requerido para inscribir una hipoteca y para ejecutarla en caso de impago, obtenemos una nueva evidencia empírica con respecto a la bondad de los sistemas de registros de derechos.





Asimismo, se confirma el mercado español como el más eficiente de la muestra comparada. El grado de eficiencia del Registro de la Propiedad español permite unos tiempos muy reducidos een el primer caso y que el tiempo de ejecución en caso de impago se aproxime a los diez meses.

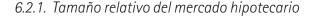
Francia e Italia, por el contrario, que cuenta con registros de documentos, presentan plazos muy superiores. En Italia, la ejecución requiere alrededor de cinco años. Y en Francia, la complejidad de los procesos legales, así como ciertas leyes proteccionistas, incrementan los costes de establecimiento de las hipotecas para las entidades de crédito.

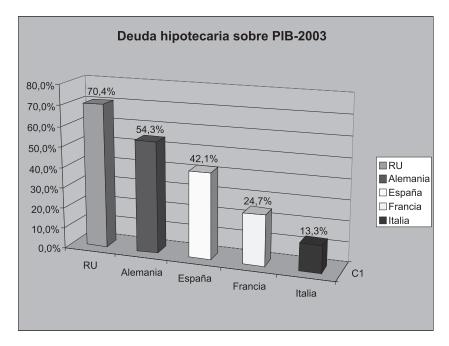
#### 6.2. Variables socioeconómicas

Una vez comparados los tipos de registros en relación con su ericiencia operativa, seleccionamos algunas variables socioeconómicas, con la finalidad de poder efectuar una comparación más global de ambas clases de registros.

Hemos seleccionado las siguientes:

- Volumen y evolución de la deuda hipotecaria de cada país, no tanto en términos absolutos, como en relación al Producto Interior Bruto (PIB).
- Inversión extranjera en el mercado inmobiliario de cada país, también en relación al PIB.





Al observar la muestra de paises analizados, puede afirmarse claramente que el tamaño relativo del mercado hipotecario guarada relación directa con el tipo de registro. En particular, los paises con registros de derechos tienen mercados hipotecarios más desarrollados en términos de su volumen sobre el PIB. Tal es el caso de Alemania, el mercado hipotecario con mayor dimensión en términos absolutos. El tamaño de su deuda hipotecaria equivale al 54,3% de su PIB. En términos relativos, el Reino Unido ocupa el primer lugar con un peso deuda hipotecaria sobre el PIB cercano al 7°,1%, pero con un tamaño de su saldo vivo inferior al alemán, siendo la cuota de mercado sobre la UE de ambos paises del 53%.

El caso español es particularmente interesante, en la medida en que es un mercado de reciente desarrollo, pero con una ratio de deuda sobre el PIB del 42,1%,<sup>33</sup> bastante superior al de Francia que, en teoría, debería ser un mercado más maduro, pese a lo cual cuenta con una ratio mucho menor. Aunque es

<sup>33.</sup> En el momento en que se elaboró el informe de AFI. Hoy puede estar ya en torno al 50% del PIB.

evidente que el crecimiento del mercado español está explicado por la conjunción de factores más relevantes,<sup>34</sup> es interesante observar cómo Italia, con un escenario similar, no ha logrado alcanzar una mayor dimensión de su mercado hipotecario.

#### 6.2.2. Inversión extranjera en inmuebles

Esta variable no permite observar una relación clara con los sistemas registrales. Y, ciertamente, existen razones para ello.

En efecto, las diferencias en términos de regulación, la fragmentación interna de la mayoría de los mercados hipotecarios europeos,<sup>35</sup> han dificultado historicamente las operaciones transfronterizas. Estas circunstancias explican que los niveles actuales de inversión inmobiliaria extranjera en cada país resulten, en general, todavía bastante limitados.

Por otro lado, puede afirmarse que los paises que integran la muestra elegida gozan de un buen nivel de seguridad jurídica general, abstracción hecha del tipo de sistema registral, cuya importancia relativa aumenta, sin embargo, para el desasrrollo de estas inversiones en paises en transición o con cierto grado de inestabilidad.

Por otro lado el escaso volumen de las operaciones transfronterizas en el ámbito inmobiliario también esta asociado a la existencia de operativas bancarias mayoritariamente locales en muchos paises.<sup>36</sup>

# 6.3. Los tipos de interés

Decía la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 que si la propiedad no era segura el acreedor o bien no prestaría o bien *compensaría* tal incertidumbre con interese exorbitantes.

Habría que concluir, pues, que en la medida en que el sistema registral cumpla más eficazamente su función, los tipos de interés deberán ser compa-

<sup>34.</sup> Convergencia de tipos de interés – en España han pasado del 16% en 1990 a los niveles actuales, situados entre el 3 y el 4% –, alargamiento de plazos, ciclo económico expansivo, abaratamiento del coste de sus productos.

<sup>35.</sup> A pesar de los intentos habidos, no existe todavía una "eurohipoteca", y las operaciones hipotecarias transfronterizas apenas representan el 1% del total.

<sup>36.</sup> Hay que considerar, no obstante, que están aumentando rapidamente enel caso de España, donde, cada año, se calculaque los extranjeros – comunitarios e inmigrantes – adquieren unas 100.000 viviendas.

rativamente más bajos "coeteris paribus" y, desde luego, deberá aumentar el diferencial en relación a los préstamos no garantizados con hipoteca, sino tan solo con garantía personal. Lo que sucede es que, realizar en este punto comparaciones interinstitucionales resulta sumamente complicado.

En efecto, la evolución de los tipos de interés depende claramente de factores como la inflación, el nivel de competencia de los mercados financieros locales, el tipo de cambio, el grado de desarrollo de los sistemas financieros y, en general de todos los demás factores habitualmente considerados como determinantes de los tipos de interés. Asimismo, la legislación y la operativa con un mayor o menor grado de eficiencia de un mercado hipotecario – en el que juega un papel fundamental el sistema de registro – deberían tener algún impacto en el nivel de precio de las hipotecas, que en el mercado viene dado por los tipos hipotecarios.

Con el fín de hacer un análisis comparado más detallado de los tipos de interés y los diferenciales entre diversos tipos se han seleccionado dos periodos de estudio; por un lado, de 1993 a 1998, antes de la Unión Monetaria Europea; por otro lado, de 1999 ba 2003, una vez establecido el euro. La razón de diferenciar entre ambos priodos es obvia, ya que, al menos para los paises que introdujeron el euro, cambiaron significativamente las condiciones de fijación de los tipos de interés de uno a otro periodo. Los datos correspondientes para cada periodo y para el conjunto del periodo de estudio, se recogen en la siguiente tabla. Centraremos la atención en los niveles medios de los tipos de interés.

		sistemas	

	Registro de derechos				Registro de documentos	
		RU*	España	Alemania	Italia*	Francia
Tipo de interés hipotecario	Max.	8,88%	15,58%	8,50%	13,89%	11,50%
Período Completo (1993–2003)	Min.	5,30%	3,29%	4,35%	4,79%	5,08%
	Medio	7,00%	7,57%	6,20%	8,35%	7,57%
Tipo de interés hipotecario	Max.	8,88%	15,58%	8,50%	13,89%	11,50%
Período I (1993–1998)	Min.	6,93%	5,16%	4,80%	6,17%	6,45%
	Medio	7,87%	9,73%	6,72%	11,19%	8,73%
Tipo de interés hipotecario	Max.	7,64%	6,42%	6,53%	6,99%	6,99%
Período II (1999-2003)	Min.	5,30%	3,29%	4,35%	4,79%	5,08%
	Medio	6,49%	4,98%	5,56%	6,99%	6,16%
Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,38%	5,64%	3,71%	8,77%	4,33%
Período Completo (1993–2003)**	Min.	-0,03%	0,70%	0,13%	1,20%	1,27%
	Medio	1,18%	2,48%	1,63%	4,10%	2,81%

	Registro de derechos			Registro de documentos		
		RU*	España	Alemania	Italia*	Francia
Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,38%	5,64%	3,71%	8,77%	4,33%
Período I (1993–1998)**	Min.	-0,03%	1,62%	0,13%	3,14%	1,27%
	Medio	0,09%	3,56%	1,28%	6,22%	3,02%
Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,12%	2,18%	3,71%	3,06%	3,52%
Período II (1999-2003)	Min.	0,29%	0,70%	1,26%	1,20%	1,64%
	Medio	1,35%	1,40%	1,99%	2,32%	2,61%
hipotecario	Max.	12,68%	4,70%	7,32%	n.d.	4,06%
Período Completo (1993-2003)	Min.	7,26%	2,04%	3,30%	n.d.	1,73%
	Medio	9,41%	3,13%	5,21%	n.d.	2,35%
hipotecario	Max.	12,68%	4,36%	5,95%	n.d.	4,06%
Período I (1993-1998)	Min.	9,06%	2,18%	4,81%	n.d.	1,97%
	Medio	10,65%	3,23%	5,27%	n.d.	2,58%
hipotecario	Max.	10,43%	4,70%	5,77%	n.d.	2,48%
Período II (1999-2003)	Min.	7,26%	2,04%	3,30%	n.d.	1,73%
	Medio	8,67%	3,01%	4,65%	n.d.	2,07%
Tipo hipotecario actual (Oct. 2004)		6,69%	3,20%	4,40%	3,50%	3,70%

<sup>\*</sup> Las series de datos están disponibles a partir de 1996

Fuente: AFI a partir de BCE y Bancos Centrales de los diferentes países

Por lo que se refiere al nivel absoluto de los tipos de interés hipotecarios, para el conjunto del periodo no se observa una relación clara con la clase de registro, puesto que paises con diferentes tipos registrales proporcionan el mismo tipo promedio de interés, como son los casos de España y Francia. Sin embargo, cuando contemplamos el segundo periodo, en el que cuatro de los paises comparten el mismo esquema de fijación de los tipos de interés, la relación empieza a estar mucho más clara, si no fuera por el caso del Reino Unido, el único país que no forma parte del área euro. Esta circunstancia nos llevará a considerar, más adelante el diferencial entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos interbancarios, estos últimos como representativos de la financiación en el mercado mayorista de los créditos.

Considerando que los préstamos hipotecarios suponen un menor riesgo para las entidades prestamistas, el análisis de los diferenciales entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos de los préstamos personales es especialmente relevante.

Sin embargo de la tabla no se observa, a simple vista, ningún patrón claro en el comportamiento del diferencial que permita establecer alguna relación con el tipo registral de cada pais. Es muy indicativo no obstante que los diferen-

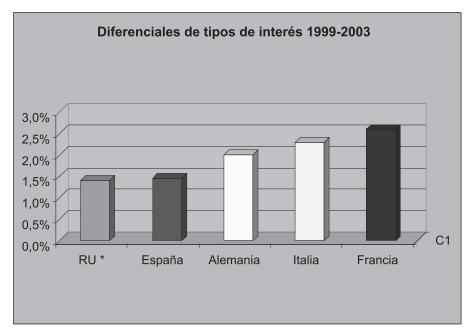
<sup>\*\*</sup> El análisis con especto al interbancario se hace a partir de 1994, no del 1993 por la disonibilidad de los datos de Euribor

ciales sean menores en Francia – donde el registro ofrece menos garantías –. Lamentablemente, no disponemos de datos en relación con Italia.

Ahora bien, dado que el Reino Unido no se ha incorporado al Euro y, en consecuencia, tiene un Banco Central que determina los tipos de forma diferente, parece conveniente hacer el análisis siguiente: restamos el Libor a los tipos del Reino Unido y a los demás paises el Euribor, lo que nos permitirá hacer una comparación más acertada de los niveles de tipos en cada país.

Este análisis nos permite obtener los siguientes resultados:

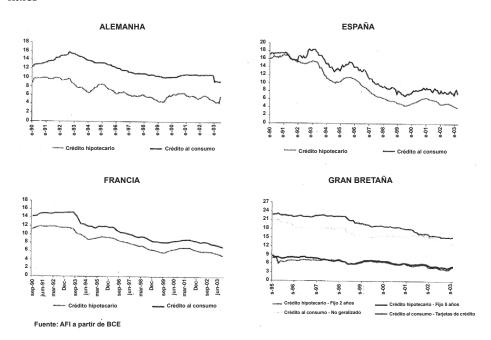
a. – En ambos periodos hay diferenciales más altos para los paises con registros de documentos, tanto para elperiodo completo como para el segundo periodo (1999-2003).



b – En el periodo 1993-1998 aunque los tipos promedios de los registros de documentos son también sustancialmente altos, España –con un registro de derechos – presenta un nivel de tipos incluso superior al francés, lo que debe atribuirse al mayor nivel de los mismos propios de una economía con moneda débil.

Tal y como se observa en los siguientes gráficos (2.6), si bien la caida de los tipos de interés ha sido un fenómeno general europeo, el punto de partida de los tipos españoles fue sustancialmente alto.

Evolución de los tipos de interés de créditos hipotecarios y créditos personales



c – Asimismo, el grado de desarrollo económico de los paises europeos en el primer periodo (1993-1998), era más desigual que en el segundo y, por tanto, el nivel comparado de tipos de interés para ese periodo tiene menos validez, debido a las diferencias existentes en los fundamentos de cada economía. Por el contrario, el análisis del segundo periodo, donde la caida de tipos ha tenido lugar y la brecha de desarrollo entre los paises de la muestra se ha estrechado, la comparación entre los diferenciales de los tipos hipotecarios sobre el ingterbancario pone de manifiesto que los tipos hipotecarios de Francia e Italia – paises con registros de documentos – son los más altos de la muestra estudiada.

Todo lo cual permite concluir lo que el sentido común suponía: existen indicios racionales que permiten afirmar que existe una relación directa entre los tipos hipotecarios y el tipo de sistema registral.

Los registros de derechos dan mayor seguridad a la tenencia de derechos, facilitan su transmisión y adquisición, impiden sorpresas a los adquirentes y acreedores y facilitan la ejecución hipotecaria, lo que facilita la contención de los tipos de interés y aumenta el tamaño del mercado hipotecario, lo que redunda en un beneficio general para los ciudadanos, para las empresas y para la economía.

En América latina no se dispone de la misma riqueza estadística que en la Unión Europea, desgraciadamente. Por otro lado, las grandes diferencias existentes entre los diferentes paises, la ausencia de instituciones económicas comunes, hacen muy difícil la comparación interinstitucional. No obstante, puede afirmarse que los mercados hipotecarios se hallan muy poco desarrollados, que los tipos hipotecarios son relativamente altos en relación a la inflación, que no hay un gran diferencial con los prestamos personales y que hay una larga demora en la ejecución en caso de impago, con independencia del tipo de sistema registral, lo que puede deberse a problemas endógenos de los sistemas judiciales o a otras causas. En cualquier caso, en los paises menos desarrollados, con sistemas registrales más débiles, apenas hay mercados hipotecarios y los costes de transacción son muy altos.

### 7. Obstáculos para el desarrollo empresarial en América Latina

	Obstáculos	Obstáculos	Obstáculos
Accesso financiación	Tipos impositivos	Crimem y robo	Infraestructura inadecuada
Burocracia ineficiente	Regulaciones fiscales	Inflación	Falta de ética en el trabajo
Corrupción	Regulaciones laborales	Regulaciones de tipo de cambio	
Políticas inestables	Inadecuada formación	Golpes de estado	

Relación de obstáculos calificados

Fuente: Porter, Michael E. y otros 2005

Según los propios empresarios, los obstáculos más importantes para el desarrollo en América Latina son la corrupción, la inestabilidad de las políticas, la ineficiencia de la burocracia y el acceso al crédito. En una escala de uno a 10, las dificultades de acceso al crédito, merecen una puntuación de 10.<sup>37</sup>

Obstáculos de relevancia media y alta

Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros	Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros
Accesso financiación	10,00	11	Tipos impositivos	5,30	3

<sup>37.</sup> Vide Porter, Michael E. Y otros. World Economic Forum 2004-2005. *The Global Competitivenes Report 2004-2005*. Nueva York.Palgrave. Macmillan.

Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros	Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros
Burocracia ineficiente	10,00	14	Regulaciones laborales	5,01	2
Corrupción	9,32	12	Infraestructura inadecuada de la fuerza de trabajo	5,10	1
Políticas inestables	9,24	10	Inadecuada formación de la	4,70	3

Fuente: Elaboración propia a partir de cifras en Porter, Michael E. y otros (2005)

#### Obstáculos de relevancia baja

Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros
Crimen y robo	4,07	4
Inflación	2,10	1
Regulaciones de tipo de cambio	1,00	1
Golpes de estado	2,30	1

Fuente: Beato P. y Vives A. a partir de cifras en Porter, Michael E. y otros (2005)

Como se ha señalado acertadamente, <sup>38</sup> tales dificultades contrastan poderosamente con la liquidez de los bancos en América Latina y con su capacidad para aumentar el volumen de sus préstamos, manteniendo unos coeficientes de solvencia aceptables. Existe, pues, una demanda insatisfecha de crédito, junto con un sistema bancario con capacidad para aumentar sus balances, pero temeroso de hacerlo. <sup>39</sup>

Esta situación, se debe, entre otras, a las siguientes causas:40

1. – Los bancos pueden tener dificultades en cobrar préstamos impagados por la lentitud del sistema legal.

<sup>38.</sup> Vide Beato, Paulina y Vives, Antonio, ¿Por qué se está quedando atrás América Latina?. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Subdeparatamento de Empresa Privada y Mercados Financieros, Washington D.F 2005.

<sup>39.</sup> Como señalan Beato P y Vives, A, en op. cit, las siguientes preguntas son relevantes para este debate: ¿Son las limitaciones del sistema legal las causantes del desequilibrio entre la oferta y demanda de préstamos?, ¿Son las regulaciones de prudencia bancaria las culpables? ¿Es la oferta de enormes cantidades de deuda pública lo que está impidiendo que los bancos atiendan la demanda de crédito de los clientes privados?.

<sup>40.</sup> Vide Beato, P y Vives, A en op. cit.

2.-Adicionalmente, la deficiencia en las legislaciones referentes a liquidación, reposición de activos, constitución de garantías y registro de la propiedad – mueble e inmueble –, desincentiva al sector financiero a prestarle al sector privado, particularmente al de la micro, pequeña y mediana empresa – más del 98% de las empresas de América Latina –

Todas estas imperfecciones y otras<sup>41</sup> presentes en la mayor parte de los paises en vías de desarrollo, potencian su efecto negativo cuanto peor sea la distribución de la renta. En efecto, solo accederán a los préstamos aquellas familias que tengan activos líquidos que ofrecer, mientras que los demás no podrán explotar sus oportunidades de inversión.

En íntima relación con lo anterior, es necesario destacar que la seguridad jurídica es una de los factores con mayor poder explicativo del crecimiento económico. En efecto, como ha mostrado Barro, Robert J. a mayor nivel de seguridad jurídica, mayor crecimiento anual acumulativo y mayor aumento de la inversión privada.

Argentina	1,5	Ecuador	-	Paraguay	2,0
Bolivia	3,0	El Salador	3,0	Perú	3,0
Brasil	2,5	Haití	1,0	República Dominicana	2,0
Colombia	1,0	Honduras	1,5	Uruguay	2,5
Costa Rica	4,0	México	3,0	Venezuela	3,0
Chile	5,0	Nicaragua	2,0	Media ALC	2,5
Guatemala	2,5	Panamá	3,0	China	5,0

Capacidade de hacer cumplir las leyes y regulaciones

Ello ya es razón suficiente para considerar una prioridad en cualquier política para aumentar la inversión y la competitividad, el aumento de la seguridad jurídica. Más aún, si consideramos la baja puntuación de los paises de la región al respecto y el hecho de que los paises competidores de América Latina tiene puntuaciones muy altas: de 0 a 6, China obtiene 5, Corea del Sur 4,5 e india 6, mientras que la puntuación media de la región se sitúa en el 2,5.

<sup>41.</sup> Beato y Vives, en op cit, argumentan acertadamente que la consideración de la estabilidad del sistema financiero como prioridad máxima, desincentiva su función de intermediación en operaciones que puedan acarrear riesgos. De este modo, los bancos, enfrentando poca competencia en la captación de depósitos, pueden preferir colocar sus recursos en deuda del estado, estrangulando así la demanda de crédito privado, elevando las tasas activas de interés y los márgenes de intermediación.

Por otro lado, el exceso de regulaciones y el intervencionismo del Estado fomenta no solo la falta de respeto por las leyes sino también la corrupción. Por el contrario, la liberalización de las actividades empresariales reduce necesariamente la corrupción y favorece el respecto a la legalidad. El beneficio económico de la lucha contra la corrupción y el aumento de la legalidad compensará el costo fiscal que su eliminación requiere.<sup>42</sup>

Para la consecución de una mayor seguridad jurídica en su ámbito competencial – muebles e inmuebles, sociedades mercantiles –, el papel de los registros de la propiedad es clave, como veremos, especialmente, el de los registros de derechos que requieren un riguroso control "ex ante" de que no se han violado normas imperativas en los actos o negocios de los que resulten los derechos cuyo reconocimiento y atribución frente a terceros se exige del Registro.

# 8. Referencia a las políticas de formalización y su impacto sobre el crédito hipotecario

Hernando de Soto formuló en su día una pregunta clave:<sup>43</sup> ¿Qué es lo que desprende valor de una simple casa y lo fija de forma tal que le permite desprender capital?. Su respuesta: que sea una propiedad identificada, documentada y protegida por un sistema formal de derechos de propiedad.

En Occidente, observa, todo activo – toda parcela de tierra, vivienda o bien mueble de consumo duradero- ha sido formalmente fijado en registros mantenidos al día y regidos por normas contenidas en el sistema de propiedad, de modo que todo incremento en la producción, todo producto, inmueble u objeto con valor comercial es propiedad formal de alguien. La propiedad formal invita a percibir la casa como algo más que mero refugio y, por ello, un activo inerte; invita a verla como capital vivo.

En Occidente, nos dice el ilustre economista, los inmuebles formales son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión

<sup>42.</sup> Beato y Vives en op cit. Citando investigaciones de Barro (1997) y los datos del *International Country Risk Guide*, publicación mensual de The PRS Group Inc, East Syracuse, Nueva York. [http://www.prs.group.com], afirman que un nivel superior en la escala 1 a seis, explica un mayor crecimiento anual acumulativo de un 0,3%, durante el periodo 1980-2004.Y que un aumento de un punto en la calificación, aumenta la inversión privada en un 1,1%.

<sup>43.</sup> Vide De Soto, H El misterio del capital. Por que el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo. Ed.: Península/Atalaya. Barcelona 2001.

mediante su intercambio por activos; como domicilio para el cobro de dedudas o de impuestos, o con fines comerciales o judiciales, de modo que, mientras las casas como tales actúan como refugios o lugares de trabajo de sus dueños, sus acreditaciones formales de propiedad llevan una vida paralela, cumpliendo varias funciones adicionales para afianzar los intereses de quienes intentan crear nueva riqueza.

Por el contrario, aquellos activos cuyos aspectos jurídicos – y magnitudes relevantes desde un punto de vista económico – no están fijados en un sistema de propiedad formal son sumamente difíciles de mover en el mercado y su intercambio comercial se circunscribe a círculos básicamente locales de amigos y conocidos.

Los efectos de este fallo legal son dificultar la contratación con extraños, restringir la división del trabajo y frenar la productividad y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar.

Asimismo, en Occidente, continúa diciéndonos, sus sistemas formales de propiedad se caracterizan por que, si bien están concebidos para proteger tanto la seguridad de los títulos como la de las transacciones, conceden prioridad a la seguridad de estas últimas con el fín de facilitar que los activos puedan cumplir su función paralela como capital.

Por ello, la mayor parte de los paises avanzados se han dotado de sistemas registrales de derechos, en tanto que muchos de los paises en vías de desarrollo siguen anclados en sistemas registrales de documentos, los cuales se limitan, como observa De Soto, "a ser guardianes de los deseos de los muertos".

"Esto acaso explique – continúa el ilustre economista – por qué crear capital sobre propiedades occidentales es tan sencillo y por qué en los paises en vías de desarrollo, la mayor parte de los activos se ha escabullido del sistema formal legal en busca de movilidad".

Pues bien, mientras eso es lo que sucede en los paises desarrollados, en América Latina, según las investigaciones llevadas a cabo por el equipo de De Soto, al menos seis de cada ocho edificaciones se hallan en el sector nsubcapitalizado y el 80% de toda la propiedad inmobiliaria es poseída fuera de la ley. Si consideramos, por otro lado, que dos tercios de la riqueza nacional de los paises en vías de desarrollo, están relacionados con la propiedad inmobiliaria, la conclusión inevitable es que la ley es la excepción y la marginalidad la norma y que, debido a ello, concretamente a la ausencia de un sistema formal y universalizado de derechos de propiedad, dos tercios de los activos físicos están inhabilitados para crear capital, no sirven como garantía para obtener un

crédito ni tampoco para desempeñar ninguna de las demás funciones que las representaciones formales de la propiedad permiten.

Todo ello constituye un auténtico dispendio en un mundo inmerso en una auténtica lucha – nacional e internacional – por la captación de capitales.

En Estados Unidos, por el contrario, la mayor fuente individual de recursos para nuevos negocios es la hipoteca sobre la vivienda del empresario. O en España, como hemos visto, el volumen de los saldos vivos de los activos hipotecarios se sitúa en torno al 50% del PIB, y cada año se constituyen más de un millón de nuevas hipotecas.

Se hace imperativo, por tanto, concluye De Soto, legalizar la situación extralegal de las posesiones inmobiliarias de esos países, si se quiere que puedan empezar a generar capital.

La cuestión, obviamente, es cómo integrar los activos extralegales de un país en un único sistema de propiedad formal, especialmente cuando la situación d extralegalidad afecta a una gran parte de los activos inmobiliarios.

Prescindiendo de otros aspectos, esta cuestión se presenta como un auténtico desafío jurídico – y no solo jurídico –; su solución requiere una sofisticada tecnología jurídica capaz de ofrecer soluciones sencillas, universales, poco costosas y sumamente eficaces en la protección de los derechos y, sobre todo, de las transacciones.<sup>44</sup>

La cuestión es, sin duda alguna, compleja. De Soto apunta cuatrolineas maestras, con las que coincido plenamente:

- a Para crear una economía moderna de mercado se necesitan estandares comunes precisados en único cuerpo de normas;<sup>45</sup>
- b Los sistemas deben proteger los derechos de propiedad y las transacciones, pero, sobre todo, estas últimas.<sup>46</sup>

<sup>44.</sup> Esta cuestión – cómo – deviene así en un asunto crítico, pues es sabido que una mala instrumentación de una buena idea puede acabar invalidando la idea misma

<sup>45.</sup> Esta necesidad está tras el proceso de creación de los estados nacionales, superando el régimen feudal, y tras el proceso de creación de instituciones de vocación global: la necesidad de crear zonas libres de fricción para el comercio, con códigos de conducta únicos en sus líneas esenciales.

<sup>46.</sup> En realidad cuanto más se protejan las transacciones más se protegen los derechos. El pretendido dilema planado en su día por V. Ehrenberg entre la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos es un falso dilema. Vide Méndez González FP Seguridad del tráfico...

- c Deben facilitarse los expedientes para ingresar en los sistemas formales; mas concretamente, a mi juicio, deben facilitarse los procedimientos para que las propiedades que viven fuera del registro ingresen en el sistema registral;<sup>47</sup>
- d La cuestión básica no consiste en mapear y fotografiar los edificios y las tierras, sino en fijar reglas que reflejen un consenso sobre cómo los activos físicos deben ser poseídos, intercambiados y utilizados.

Si las políticas de formalización no responden a estas ideas o no se ejecutan correctamente, pueden conducir a grandes dispendios seguidos de grandes frustraciones.

No es mi propósito evaluar ahora los resultados de tales políticas, sino simplemente realizar llamadas de atención al respecto.

En ocasiones, se han llevado a cabo costosísimos programas de mapeo para organizar catastros, esperando que se produjeran resultados mágicos que, obviamente, no se han producido. Un catastro es necesario para la administración, especialmente la fiscal, pero no para la seguridad de los derechos ni de las transacciones, como demuestra la historia de todos los países europeos sin excepción. Un magnífico catastro, integrado por exquisitas fotos y planos, etc, no producirá ningún efecto sobre la economía, si no hay un registro, especialmente de derechos, cuyos pronunciamientos tengan un alto valor probatorio ante los tribunales. Por el contrario, un registro de derechos tiene grandes efectos sobre el crédito y las transacciones, aunque no haya catastro. La razón es muy sencilla: para que las transacciones inmobiliarias sean seguras no es necesario que las fincas estén perfectamente identificadas; basta con que la identificación disponible evite, en la mayor parte de los casos, su confusión. La perfecta identificación es, además, una cuestión de derecho, no de hecho. Por último, los individuos se comportan racionalmente e invierten en costes de transacción hasta el límite de la utilidad marginal: invertirán en identificación tanto más cuanto mayor sea el valor del inmueble.48

<sup>47.</sup> El sistema español contiene soluciones originales y que se han demostrado eficaces. Facilita los sistemas de inmatriculación, lo que permite el acceso de la propiedad no inscrita o informal al registro, sin demasiadas garantías, por lo que el sistema no le asigna sus efectos hasta transcurridos dos años, previa realización de las publicaciones correspondientes.

<sup>48.</sup> En algunos proyectos se han gastado sumas fabulosas; hay paises que se han catastrado varias veces, en ocasiones por un precio superior al de los propios inmuebles. El desconocimiento, las presiones de grupos de interés, la corrupción, se hallan sin

Cuando se desarrollan proyectos catastrales debe quedar claro que no son proyectos registrales y que, por lo tanto, no se puede esperar de ellos, lo que solo puede esperarse de los registros.

Lo mismo puede decirse de algunos programas de titulación masiva, en mi opinión, contraproducentes.

En economías de subsistencia caracterizadas por la escasez de los intercambios inmobiliarios, realizados normalmente entre personas conocidas de grupos reducidos, no tiene el menor sentido que el Estado les obligue o les presione para registrar sus propiedades, ya que el registro les servirá solo para informarles de lo que ya saben – quién es el dueño de cada inmueble –, no para solicitar créditos que no se hallan en su horizonte vital. Forzarles a ello, solo genera desconfianza, expande la creencia de que, en realidad, es una estrategia para obligarles a pagar impuestos – lo que, en ocasiones, es, además, cierto – y todo ello, junto con lo anterior, explica que apenas se registren segundas transacciones.

Por el contrario, hay que organizar un sistema registral sencillo, de fuertes efectos jurídicos, de utilización voluntaria, totalmente separado del sistema fiscal, que pueda ser usado cuando el individuo lo considere necesario, dada la evolución de su situación personal y de las oportunidades que ofrezca la economia.

Es obvio que el hecho de que los derechos informales no puedan ser comercializados e intercambiados más allá de la comunidad es uno de los motivos por los que, en muchas circunstancias históricas, han evolucionado hacia derechos de propiedad más formalizados, pero solo una vez que los valores del recurso han aumentado lo suficiente como para justificar el coste de hacerlo. Los mecanismos principales de formalización son los registros, especialmente los de derechos, los cuales no solamente proporcionan protección frente a reivindicaciones de otros individuos, sino que facilitan su transmisión, y por ello, los convierten en activos aptos como garantía para respaldar créditos.<sup>49</sup>

duda tras estas prácticas. Es más fácil, sin duda, vender ordenadores, planos, etc que un concepto y su organización, cual es el caso del Registro. Los fracasos, sin embargo, acabarán imputándose a un concepto y a una institución que nunca se desarrollaron.

<sup>49.</sup> En efecto, una diferencia clave entre la posesión informal y un sistema de derechos de propiedad más formalizado es que, en este último, quienes ostentan los derechos podrán acudir a los poderes coercitivos del Estado para que les garantice el

Hay que tener en cuenta también que el efecto positivo de la formalización sobre la concesión de crédito, no se produce de un modo automático, general y homogéneo. La titulación e inscripción formales del suelo probablemente tendrán un efecto importante sobre la concesión de crédito en situaciones en las que los mercados de crédito informales ya sean operativos y exista una demanda latente de crédito formal que no puede ser satisfecha como consecuencia de la falta de título formal.

Ello sucede cuando se ha alcanzado un cierto nivel de renta per cápita, de forma que el suelo ya no es la principal red de seguridad y existen oportunidades de inversión rentable para los potenciales prestatarios.

Cuando se dan tales condiciones, la concesión de títulos formales puede contribuir a la emergencia de los mercados financieros.

Sin embargo, pueden darse muchas circunstancias en las que los títulos formales no tengan repercusiones sobre el acceso al crédito. A saber: (1) no es viable la ejecución hipotecaria, <sup>50</sup> (2) puede no existir un sistema bancario o financiero que preste a pequeños productores, (3) puede no haber proyectos suficientemente rentables.

	Registros de derechos				
	Torrens	Germánico	Franquicia		
Financiación del registro	Propia	Propia (+ Estado)	Propia		
Ámbito de reponsabilidad	Amplia	Parcial estricta	Parcial		
Cobertura de responsabilidad	Fondo	Estado	Seguro		

Características sistemas de responsabilidad registral

Fuente: AFI

cumplimiento forzoso en caso de vulneración de sus derechos, en lugar de verse obligados a confiar unicamente en sus propias fuerzas. Por ello, el valor de los registros será escaso, ssi sus pronunciamientos no son respaldados por los tribunales, si acceder a éstos es costoso, si son corruptos, o si son incapaces de hacer cumplir sus decisiones.

<sup>50.</sup> El motivo radica en que, con niveles de renta bajos y a falta de otros mecanismos de seguridad social, el suelo sirve como red de seguridad social. En tales circunstancias, la ejecución en caso de impago privaría a las familias de sus medios básicos de subsistencia, lo que puede no ser socialmente deseable y constituye el motivo esencial por el que los sistemas consuetudinarios limitan la comercialización del suelo. Y, en tales condiciones, los bancos no concederán préstamos.

#### Comparación de plazos en los distintos registro de la propriedad

PLAZOS								
REGISTROS PROPIEDAD INTELECTUAL		Resolución de las colicitudes		6 meses				
REGISTRO GENERAL PROPIEDAD INDUSTRIAL (1)	Patentes	sin examen previo	Publicación solicitud Concesión patente	18 meses 14 meses desde publicación solicitud				
			TOTAL	32 meses				
		con examen previo	Publicación solicitud Concesión patente	18 meses 24 meses desde publicación solicitud				
			TOTAL	42 meses				
	Signos distintivos (2)	sin objeciones	Resolución solicitud	12 meses				
		con objeciones	Resolución solicitud	20 meses				
REGISTRO PROPIEDAD INMOBILIARIA		Calificación		15 días				

<sup>(1)</sup> Son los plazos legales, aunque en la tabla también los plazos de compromiso de la OEPM

Fuente: AFI a partir de CORPME, Ministerio de Cultura (www.mcu.es) y OEM

#### Comparación de tasas en los distintos registros de la propiedad

COSTES (en Euros)								
	REGISTRO GENERAL PROPIEDAD							
		INDUSTRIAL						
REGISTRO PROPIEDADE INTELECTUAL			Patentes	Signos distintivos (3)	REGISTRO PORPIEDAD INMOBILIARIA			
Tramitación solicitud	11,26	Solicitud registro	-	142,62	Asiento presentación	6,010121		
Certificaciones	13,38	Solicitud renovación	-	165,10	Certificación de cargas i de dominio	33,055666		
Notas marginales	3,75	Certificaciones	-	15,15		9,005061		
Copia certificada de obra	10,00	Consulta, vista y copia de expediente	-	13,40	Notas marginales	9,015182		
Anotaciones preventivas, cancelaciones modificaciones y traslados	11,26	Mantinimiento (1)	702,73	110,51	Inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones (4)	148,750462		
TOTALES	49,65	(2)	1.302,73	446,8		199,836492		

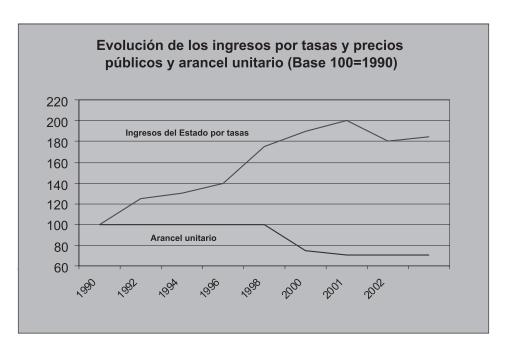
<sup>(1)</sup> Tasas sin recargos a pagar en los 10 primeiros años

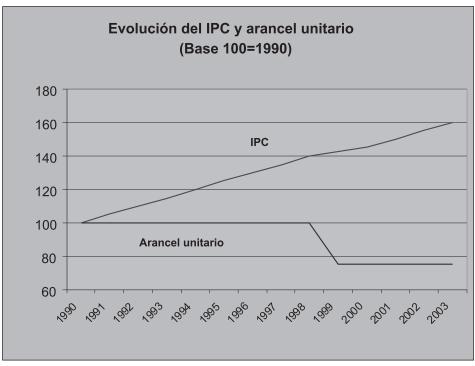
<sup>(2)</sup> Marcas o nombres comercialies

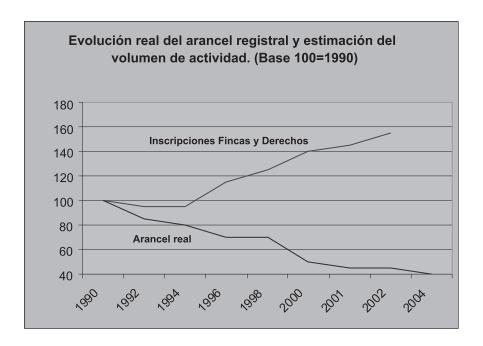
<sup>(2)</sup> El costes medio publicado por a OEPM hasta concesión de patente nacional en España sin examen previo son 600 euros, a lo que añadimos el coste de matenimiento (hemos supuesto 10 años)

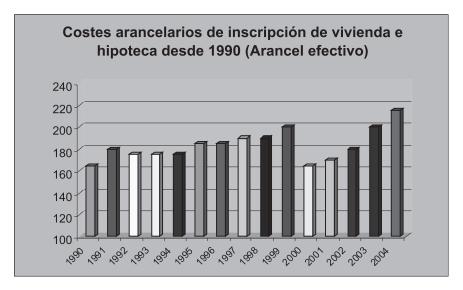
<sup>(3)</sup> Tasas para marcas o nombres comerciales

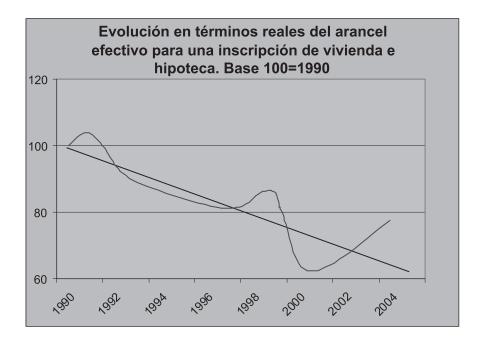
<sup>(4)</sup> Suponemos un valor de la finca superior a 120.202, que implica el máximo arancel

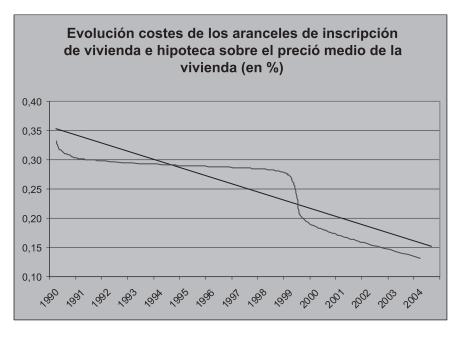












### PESQUISAS DO EDITORIAL

## Veja também Doutrina

- Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil, de Miguel Maria de Serpa Lopes – RDI 79/441-447 (DTR\2016\35);
- A circulação do crédito hipotecário no sistema financeiro da habitação, de Frederico Henrique Viegas de Lima *RDI* 43/47-60 (DTR\1998\56); e
- La implantación de registros públicos, de Benito Arruñada RDI79/223-249 (DTR\2016\26).

### A GRUNDSCHULD ALEMÃ

#### THE GERMAN GRUNDSCHULD

#### LARS P. W. VAN VLIET (AUTOR)

Doutor em Direito – Universidade de Maastricht. Professor de Direito das Coisas, Obrigações, Direito Matrimonial Patrimonial, Direito de Parceria, Sucessões, e Direito Comparado em geral na Universidade de Maastricht. Autor.

I.vanvliet@maastrichtuniversity.nl

Maastricht University. O autor agradece ao Professor Wolfgang Brehm por seus comentários sobre este artigo.

# Josué Modesto Passos (tradutor)

Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário – Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em São Paulo. Autor. josue.passos@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

Resumo: Este artigo analisa a dívida imobiliária (*Grundschuld*) alemã, um direito de garantia sobre imóveis largamente não acessório, desde as suas origens na segunda metade do século XVIII até as reformas de 2008.

Palavras-chave: Direito de garantia sobre imóvel – Dívida imobiliária – Acessoriedade.

**ABSTRACT:** This article analyses the german land charge (*Grundschuld*), a largely non-accessory security right on immovables, from its origins in the second half of the 18<sup>th</sup> century down to the reforms of 2008.

**Keywords:** Security right on immovable – Land charge – Accessoriness.

Sumário: 1. Introdução. 2. As origens da hipoteca não acessória. 2.1. Perspectiva geral. 2.2. A hipoteca independente (não acessória) de Mecklenburg. 2.3. Dupla execução. 3. A codificação no Código Civil alemão e a ascensão do crédito bancário. 4. Desenvolvimentos no século XX. 5. A transferibilidade da hipoteca negociável e da dívida imobiliária. 6. O contrato de garantia (*Sicherungsvertrag*). 7. Pagamento do crédito e pagamento da dívida imobiliária. 8. Obrigação promissória abstrata e poder de execução imediata. 9. A reforma de 2008. 10. Errônea ponderação de interesses. 11. Razões para ceder créditos hipotecários. 12. Por que isso não correu mal antes?. 13. Acessoriedade da dívida imobiliária. 14. Por que a dívida imobiliária foi favorecida sobre a hipoteca. 15. A hipoteca negociável abstrata: será ela favorecida sobre a dívida imobiliária?. 16. Conclusão.

# 1. Introdução

Na tradição jurídica europeia, oriunda do direito romano, um direito de garantia é, geralmente, um direito acessório: em princípio, ele existe unicamente em relação a uma obrigação cujo cumprimento ele garante. Na Alemanha, porém, ao lado da garantia acessória desenvolveram-se direitos de garantia alternativos, não acessórios: a *Verkehrshypothek* e a *Grundschuld*. Hoje em dia, a *Grundschuld* é a forma mais comum de garantia sobre imóveis. Este artigo conta o estranho caso da *Grundschuld*, uma notável instituição jurídica, desde os seus começos até as reformas radicais de 2008. Para os leitores de fora da Alemanha, a história parecerá surpreendente em muitos aspectos e a partir dela algumas lições podem ser aprendidas.

O conceito de acessoriedade foi desenvolvido na ciência jurídica continental.¹ Ele refere-se ao vínculo entre o direito de garantia e o crédito (direito pessoal) que ele garante. O crédito é considerado o direito principal, e o direito de garantia é considerado o seu acessório. Os aspectos mais importantes da acessoriedade são: a garantia não pode existir, se não há um direito garantido; por meio de execução, o credor hipotecário não pode receber mais dinheiro do que o montante do crédito naquele momento; e, por meio de cessão ou outra transferência do crédito, a garantia é automaticamente transferida ao novo credor.

O conceito desempenha um papel importante nas discussões sobre a introdução da assim chamada "eurohipoteca". O modelo original da "eurohipoteca" estava baseado na dívida imobiliária da Suíça (*Schuldbrief*), que é uma forma de garantia a que falta acessoriedade. Os proponentes do modelo enfatizavam as vantagens dessa falta de acessoriedade. Em 2008, contudo, o legislador alemão foi forçado a fazer acessória a dívida imobiliária, para impedir que investidores abusassem da falta de acessoriedade. Essa não acessoriedade significava que investidores que comprassem carteiras de títulos hipotecários podiam executar as dívidas imobiliárias por um montante de dinheiro maior que o crédito devido pelos mutuários. À primeira vista, poderia parecer surpreendente que ao direito alemão fosse possível adotar uma forma de hipoteca com uma fraqueza tão pronunciada, que os credores hipotecários estivessem autorizados a praticar semelhante abuso. É igualmente surpreendente verificar que tal abuso

<sup>1.</sup> Esse conceito não é bem conhecido no mundo anglófono, mas *vide* A. J. M. Steven, Accessoriness and security over land (2009) 13 EdinLR 387.

<sup>2.</sup> Vide W. Wiegand, Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in W. Wiegand (ed), *Probleme der Kreditsicherung* (1982) 35-54.

não ocorreu em larga escala por cerca de cem anos, desde a entrada em vigor do Código Civil alemão, em 01 de janeiro de 1900. Apenas recentemente as coisas começaram a ir mal. Quando o Código Civil alemão foi esboçado, no final do século XIX, essa falta de acessoriedade, que agora termina por ser um grande ponto fraco, foi deliberadamente adotada e considerada como uma proeminente vantagem tanto para mutuantes quanto para mutuários. Alguma pesquisa histórica é necessária para que se entenda por que o legislador alemão haja feito essa escolha.

## 2. As origens da hipoteca<sup>3</sup> não acessória

### 2.1. Perspectiva geral

No final do século XIX, os redatores do Código Civil alemão (BGB) codificaram três tipos de direitos de garantia sobre imóveis: dois tipos de hipotecas – a *Verkehrshypothek* e a *Sicherungshypothek* – e a *Grundschuld*, a dívida imobiliária. Tradicionalmente, a literatura alemã caracteriza a hipoteca como um direito acessório e a dívida imobiliária como não acessória. <sup>4</sup> Numa perspectiva comparatística, a observação de que a hipoteca é acessória poderia ser iludente: apenas a *Sicherungshypothek* pode ser considerada amplamente acessória. <sup>5</sup> A *Verkehrshypothek*, de outro lado, é amplamente não acessória.

A origem da *Verkehrshypothek* e da *Grundschuld* não acessórias alemãs tem de ser procurada no modo pelo qual as hipotecas sobre imóveis eram concedidas, principalmente na Prússia e em Mecklenburg, a partir da segunda metade do século XVIII. Embora a Prússia tenha aberto o caminho, o mais perfeito modelo de hipoteca não acessória foi desenvolvido em Mecklenburg, no século XIX.

<sup>3.</sup> Neste artigo o termo "hipoteca" não deve ser associado aos tipos de hipoteca que podem ser encontrados no mundo jurídico anglo-americano.

<sup>4.</sup> Isso pode ser encontrado em quase todos os manuais. *Vide*, e. g., M. Wolff e L. Raiser, *Sachenrecht*, 10. ed. (1957) § 132; W. Brehm e C. Berger, *Sachenrecht*, 2. ed. (2006) n. 28; H. P. Westermann, K.-H. Gursky e D. Eickmann, *Sachenrecht*, 8. ed. (2011) § 91; J. F. Baur e R. Stürner, *Sachenrecht*, 18. ed. (2009) 36 II; P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. ed. (2007) n. 101.

Para uma descrição mais matizada, vide: Münchener Kommentar zu BGB/Eickmann, 5. ed. (2009), § 1.113 Rdn 80-82. Como é amplamente acessória, ela está mais próxima da standard security escocesa.

No final do século XVIII havia uma grande procura por crédito no leste da Alemanha, em parte como resultado da Guerra dos Sete Anos. Muitos donos dos assim chamados *Rittergüter*, bens que originalmente pertenciam à pequena nobreza, tinham muito pouco dinheiro para explorar sua área agricultável e lutavam para tomar dinheiro emprestado em condições aceitáveis.<sup>6</sup> Naquela época, o crédito era concedido diretamente por ricas pessoas privadas, e não por bancos. Geralmente, um banqueiro funcionava como um intermediário entre credor e devedor: punha as partes em contato, mas não agia, ele próprio, como um credor. Também havia mercados, organizados a cada seis meses, nas datas tradicionais de expiração dos mútuos, onde estes tinham de ser reembolsados, e onde novos mútuos poderiam ser negociados.<sup>7</sup> Para compreender o desenvolvimento da hipoteca não acessória é de fundamental importância ter presente que esse tipo de hipoteca foi desenvolvido para facilitar um sistema de crédito no qual eram os particulares, e não os bancos, que concediam crédito, um sistema baseado em "crédito pessoal".

Um grande obstáculo para os credores era que, naquela época, o sistema de registro de imóveis era muito defectivo e, com frequência, era impossível determinar se uma propriedade estava ou não onerada por uma hipoteca. Em Mecklenburg,<sup>8</sup> por exemplo, a inscrição num registro de imóveis público não era exigida para constituir uma hipoteca. Ademais, havia vários privilégios, tais como "hipotecas gerais", que tomavam preferência, mas não eram registrados em lugar algum.<sup>9</sup> Em todo caso, a legislação sobre insolvência frequentemente era tão inadequada que a execução era muito difícil. No final do século XVIII, Mecklenburg não tinha um código de insolvência.<sup>10</sup> Propostas de introdução de um registro de imóveis público foram obstruídas por grandes proprietários de terra que temiam que a criação de um registro de imóveis autorizaria as autoridades fiscais a ter um melhor conhecimento de sua riqueza e a cobrar mais impostos.<sup>11</sup>

G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg nach dem Siebenjährigen Kriege bis zur Gründung des Ritterschaftlichen Kreditvereins im Jahre 1819, Jahrbücher des Vereins für Mecklenburgische Geschichte und Altertumskunde, vol. 93 (1929), 153-266, 164-175, 209-210.

<sup>7.</sup> Körber (n. 6), 163-164.

<sup>8.</sup> Körber (n. 6), 177-180.

<sup>9.</sup> M. Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen (1910), 5.

<sup>10.</sup> Körber (n. 6), 179-194.

<sup>11.</sup> Körber (n. 6), 194-200.

Como resultado dessa falta de garantias, os credores eram forçados a demandar uma taxa de juros mais alta por seus mútuos. Em consequência, o crédito frequentemente estava indisponível em termos aceitáveis. Um segundo maior problema para os devedores estava em que a maior parte do crédito era concedida por um prazo muito curto, às vezes, somente por meio ano, até a próxima data de expiração do mútuo estabelecida pelas regras de mercado. Quando a solvabilidade de seu devedor se deteriorava, ou quando uma melhor oportunidade de investimento estava disponível alhures, os credores podiam cessar o mútuo na próxima data de expiração.

Para tornar o crédito disponível numa escala maior, em menores taxas de juros e por durações mais longas, era necessário um melhor sistema de intermediação de crédito e mais garantia para os mutuantes. Para esse fim, foi estabelecida uma nova legislação sobre hipotecas, falências e registro de imóveis e foram fundados novos institutos como intermediários entre os donos de *Rittergüter* e os credores: os assim chamados *Landschaften*.<sup>13</sup> Esse amplo desenvolvimento é frequentemente referido como *Bodenmobilisierung* (o que se traduz como a mobilização da terra), o que significa que o valor da terra se tornou comerciável. Esse era um tema central da ciência econômica e jurídica do século XIX.<sup>14</sup> Cada *Landschaft* tinha a própria legislação, mas, em geral, esses institutos funcionavam como intermediários, e não concediam crédito eles próprios.<sup>15</sup> Frequentemente, todos os donos de *Rittergüter* na região para a qual o instituto fora estabelecido eram seus membros compulsórios e ficavam responsáveis por todos os débitos negociados pelo instituto, mesmo quando eles próprios não houvessem tomado um mútuo.

<sup>12.</sup> Körber (n 6), 163-164, 175, 210. Na Prússia, o crédito era concedido por períodos mais longos, mas raramente por um prazo que excedesse dez anos. O crédito excedente à duração de dez anos só se tornou comum depois da introdução da legislação hipotecária de 1750 (Hypothekenordnung). Vide Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen (n. 9), 219.

<sup>13.</sup> W. von Brünneck, Die Pfandbriefsysteme der preußischen Landschaften (1910).

<sup>14.</sup> H. Schulin, Zur Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz, in H. Coing und W. Wilhelm (ed.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III, Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und des Grundkredits (1976), 373 et seq.

<sup>15.</sup> E. Klein, Deutsche Bankengeschichte, Band 1, Von den Anfängen bis zum Ende des alten Reiches (1806) (1982), 298.

O primeiro *Landschaft* a ser estabelecido, o *Landschaft* da Silésia, <sup>16</sup> não concedia dinheiro aos membros que necessitassem de crédito, e sim *Pfandbriefe*, certificados negociáveis de títulos. Cabia ao devedor encontrar um credor e vender-lhe o título. Inicialmente, o certificado do título especificava os bens imóveis que eram hipotecados ao detentor do título para garantir do mútuo. Mais tarde, contudo, o próprio *Landschaft*, e não os detentores de títulos, é que se tornou credor hipotecário, e a legislação teve de assegurar que os créditos garantidos do instituto formassem um conjunto de ativos exclusivo, disponível para a satisfação dos detentores dos títulos.

## 2.2. A hipoteca independente (não acessória) de Mecklenburg

Também em Mecklenburg, a Guerra dos Sete Anos causara muitos danos e uma severa falta de crédito. Para fazer com que mais crédito ficasse disponível em melhores condições, foi aprovada uma legislação nova, a qual introduziu um sistema de registro de imóveis (*Hypothekenbuch*) ou registro de hipotecas, e um direito de hipoteca que, por sua natureza, era amplamente não acessório: a assim chamada hipoteca independente (*selbständige Hypothek*). Essa legislação aplicava-se somente aos *Rittergüter*, imóveis sob o domínio, principalmente, de famílias aristocráticas. A primeira versão da lei foi chamada de *Ritterschaftliche Hypothekenordnung* (1819) e a segunda versão foi chamada de *Revidierte Ritterschaftliche Hypothekenordung* (RRHO 1848).<sup>17</sup>

O princípio da independência da hipoteca pode ser encontrado em várias disposições. Um exemplo encontra-se na regra básica do § 16 da RRHO:

- 1. A inscrição não constitui meros direitos de garantia para uma obrigação pessoal do requerente dessa inscrição, mas constitui ônus reais independentes sobre o imóvel; e
- 2. O requerimento de inscrição não requer necessariamente tal obrigação pessoal; isso, portanto, é deixado às partes.
- 3. Um dono posterior do imóvel não é, ele mesmo, responsável pelo pagamento (...).

A falta de acessoriedade significa que as defesas do devedor só poderiam ser opostas ao novo credor, o cessionário da hipoteca, se elas fossem mencionadas no ou pudessem ser inferidas do certificado de hipoteca (*Hypothekenbrief*). A

<sup>16.</sup> Ele foi estabelecido por Frederico, o Grande, pelo decreto de 29 de agosto de 1769.

<sup>17.</sup> Großherzoglich Mecklenburg-Schwerinsches officielles Wochenblatt, 1819, n. 32, e 1848, n. 51, respectivamente.

independência da relação subjacente entre o devedor e o credor original estava baseada na ideia de fé pública (öffentlicher Glaube) do registro público de imóveis, comparável com a lei sobre títulos de crédito. O crédito garantido e o direito de hipoteca eram fixados num instrumento que, como uma letra de câmbio, poderia ser transferido facilmente. Isso demandava uma abstração da relação jurídica subjacente. O crédito garantido e o direito de hipoteca tinham de ser válidos, a despeito de possíveis defeitos na relação jurídica sobre a qual o crédito e a hipoteca estavam baseados, e tinha de ser impossível que o crédito e a hipoteca fossem frustrados por defesas das quais o cessionário não pudesse ter pronto conhecimento.

Essa abstração era alcançada por duas formas diferentes. Em primeiro lugar, descartando-se o princípio da acessoriedade e, em segundo lugar, fazendo a validade da constituição do direito real de hipoteca independente da validade da relação jurídica que continha a obrigação de constituir o direito de hipoteca, quer dizer, introduzindo o princípio de abstração. Embora a não acessoriedade e a abstração tenham de ser distinguidas uma da outra, <sup>18</sup> o direito alemão usou ambos os princípios na lei de hipotecas para obter o mesmo resultado: independência da relação jurídica subjacente.

O certificado de hipoteca não poderia ser emitido ao portador, porque a emissão de instrumentos ao portador exigia a permissão do governo. Para alcançar um resultado similar, um atalho foi usado: os certificados eram cedidos ou endossados em branco. O último detentor, a pessoa que pretendia executar a hipoteca, preenchia em seu nome o documento de cessão e podia, então, invocar os direitos corporificados no certificado de hipoteca. Formalmente, os certificados de hipoteca não eram considerados como instrumentos à ordem, mas na prática eles realmente funcionaram como tais. O

A despeito da criação dos *Landschaften* como intermediários de crédito, os mútuos individuais permaneceram difundidos. Quando a economia estava

<sup>18.</sup> A. Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996), 18.

<sup>19.</sup> S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld (1978), 260. Na Prússia, a permissão do governo era necessária para emitir certificados ao portador: decreto de 17 de junho de 1833. Vide H. von Poschinger, Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaber-Papieren (1870).

<sup>20.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19), 258-260; V. von Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, Deutsches Hypothekenrecht, vol. II (1871), 145-146, 239-240. Vide também o § 55 da EEG prussiana de 1872: "Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden" [As dívidas imobiliárias podem ser cedidas sem nomeação do adquirente.].

crescendo no século XIX, muitos donos de Rittergüter faziam uso de mútuos individuais. Como resultado da garantia mais ampla dada aos detentores de certificados de hipoteca, esses certificados eram considerados um investimento fácil e seguro para os particulares. Em tempos de recessão econômica, porém, pouco crédito individual estava disponível e a maior parte dos mútuos era feita por meio dos Landschaften. Na sequência da crise agrícola dos anos 1870, os Landschaften foram capazes de ganhar vantagem sobre os mútuos individuais.<sup>21</sup> Inicialmente, quem não estivesse organizado em forma de um instituto de crédito, tal como um Landschaft ou Stadtschaft (este último, o equivalente do Landschaft para imóveis localizados nas cidades), só poderia fazer uso de crédito individual. A partir da segunda metade do século XIX, contudo, os bancos hipotecários começaram a desenvolver-se. O crédito individual ainda permaneceu popular, porque os Landschaften eram muito lentos, burocráticos e cobravam taxas altas. Além disso, eles mantinham um teto de mútuos muito conservador, que frequentemente era fixado em 50% sobre o valor estimado de um imóvel.<sup>22</sup> De outro lado, os bancos comerciais eram vistos com desconfiança, porque eles visavam sobretudo à obtenção de lucro.<sup>23</sup>

Ambas as versões da *Ritterschaftliche Hypothekenordnung* tinham sido redigidas para o crédito individual, e as principais inovações foram a proteção dos terceiros que haviam confiado no registro público e no certificado de hipoteca<sup>24</sup> e a exclusão, em favor dos terceiros, do efeito das defesas do devedor.<sup>25</sup>

Essa proteção de longo alcance concedida ao cessionário como terceiro, contudo, estava restrita pela *actio doli* e *exceptio doli*, a ação e a defesa relativas à má-fé. Se o devedor ou o titular da propriedade hipotecada pudessem provar que o cessionário tinha conhecimento da defesa, ou que não havia conseguido alcançar tal conhecimento em consequência de negligência grosseira (*grob fahr-lässige Unkenntnis*), a defesa, no entanto, poderia ser oposta ao cessionário.<sup>26</sup>

<sup>21.</sup> Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht* (n. 19), 211-212; H. Pohl, Banken und Bankgeschäfte bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, in H. Pohl (ed.), *Europäische Bankengeschichte* (1993) 210.

<sup>22.</sup> Mais tarde, no fim do século XIX, esse teto foi elevado, pelo menos para imóveis agrícolas, a 2/3 do valor estimado. *Vide* Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht* (n. 19) 229-231.

<sup>23.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19), 235; C. Fränken, Der Staat und die Hypothekenbanken in Preussen (1904) 10.

<sup>24.</sup> RRHO §§ 25 e 26.

<sup>25.</sup> RRHO § 27.

<sup>26.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19) 256-257.

## 2.3. Dupla execução

A independência do direito de garantia significa que o direito de garantia pode existir sem um crédito garantido. Isso cria o perigo de dupla execução, o perigo de que o devedor possa ter de pagar mais que o montante do crédito garantido. Fe a não acessoriedade é aplicada rigorosamente, isso significa que o adimplemento do crédito garantido de nenhuma forma prejudica o direito de hipoteca. A despeito de o direito de crédito ter sido reembolsado, o credor hipotecário pode executar sua hipoteca pelo montante mencionado no certificado de hipoteca. E, vice-versa, seguir-se-ia que o reembolso do certificado de hipoteca não reduziria a dívida pessoal; porque é feita uma distinção entre a dívida que surge do certificado de hipoteca e a dívida que nasce do contrato de mútuo. Essa distinção ainda se aplica no moderno direito alemão.

Na literatura sobre a hipoteca não acessória, o perigo de dupla execução é tratado explicitamente. E o § 3.º, 2.ª alínea, da RRHO, oferece a solução de que o devedor somente deveria reembolsar o débito garantido contra a entrega do certificado de hipoteca, e de que os pagamentos parciais deveriam ser anotados no certificado de hipoteca, de modo que o credor hipotecário somente pudesse executar pelo montante que ainda restasse. A RRHO, obviamente, pressupõe que pagamentos anotados no certificado de hipoteca também reduzem o montante devido por força do contrato de mútuo. Em poucas palavras, o crédito decorrente do contrato de mútuo não pode existir à parte do crédito decorrente do certificado de hipoteca. O crédito é corporificado no certificado no mesmo modo como acontece em títulos de crédito ao portador ou à ordem. O § 52 da prussiana Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten (EEG), de 1872, traz uma disposição expressa: "A hipoteca só pode ser cedida com o direito pessoal. Se uma dívida imobiliária constituída para garantir um direito pessoal é cedida sem o direito pessoal, esse último extingue-se". 28 Na EEG, o termo Hypothek denota o direito acessório de hipoteca e o termo Grundschuld denota a dívida imobiliária não acessória. Na legislação de Mecklenburg, contudo, a

<sup>27.</sup> Dernburg tinha advertido contra esse perigo, previamente, no século XIX: H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, vol. 1 (1875) 698.

<sup>28.</sup> O texto está citado como foi reproduzido em A. Achilles, *Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5 Mai 1872*, 2. ed. (1873) 111: "Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer".

hipoteca não acessória ainda é designada como *Hypothek* (hipoteca), embora seja comparável, em substância, a uma *Grundschuld*. A EEG prussiana é a primeira legislação a usar o termo *Grundschuld* para a dívida imobiliária não acessória. A primeira sentença do § 52, na realidade, é supérflua, graças ao caráter acessório da hipoteca.

Simultaneamente com os primeiros passos de Mecklenburg em direção a uma hipoteca independente, a lei hipotecária bávara, de 1822, submetia as defesas do devedor à fé pública no registro. Seu redator, Gönner, explicou que se o devedor não fizesse inscrever no registro o seu (parcial) pagamento ao cedente, não seria senão justo que ele corresse o risco de submeter-se a um duplo pagamento.<sup>29</sup> Gönner, que ainda considerava a hipoteca bávara como acessória, segundo o § 2 da lei hipotecária, tinha presente que o caráter acessório fora severamente enfraquecido porque se dera prioridade ao princípio de fé pública no registro de acordo com o § 26 (5) da lei hipotecária.<sup>30</sup>

# 3. A CODIFICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E A ASCENSÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO

Nos vários países que mais tarde vieram a formar o *Reich* alemão, existiam tanto a hipoteca quanto a dívida imobiliária. A Prússia, por exemplo, tradicionalmente conhecia a *Hypothek*, que até certo ponto era acessória, e, desde a EEG de 1872, também a *Grundschuld* não acessória. Mecklenburg, Hamburgo e Lübeck admitiam somente a hipoteca não acessória. No sul da Alemanha, a *Hypothek* dominava, mas, como visto acima, a acessoriedade às vezes estava severamente restringida (e. g., na Bavária). Como cada parte do *Reich* alemão defendesse sua própria forma de direito de garantia e uma escolha por uma ou outra forma parecesse impossível, os redatores do Código Civil alemão optaram por codificar todas as principais formas de garantia sobre imóveis que pudessem ser encontradas nos vários estados alemães. Dessa maneira, todos podiam continuar a usar a forma de garantia a que estavam habituados. Havia uma grande necessidade de maior liberdade de escolha e de redução da rigidez causada pelo *numerus clausus* dos direitos reais.<sup>31</sup>

<sup>29.</sup> N. T. von Gönner, Motive zu dem Entwurfe der allgemeinen Hypotheken-Ordnung für das Königreich Baiern (1819) 130-131; N. T. von Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern, vol. 2 (1824) 305-307.

<sup>30.</sup> N. T. von Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern, vol. 1 (1823) 112.

<sup>31.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19) 398.

Na maior parte dos estados alemães, a *Hypothek* era usada e, como resultado, esse tipo foi codificado como o arquetípico direito de garantia sobre imóveis. A hipoteca independente ou negociável, a *Verkehrshypothek*, foi codificada como o modelo primário e, como uma concessão aos estados do sul, a *Sicherungshypothek* acessória também foi codificada. Reinhold Johow, encarregado pela Primeira Comissão do BGB³² para elaborar um esboço preliminar do livro sobre o direito das coisas, acertadamente salientou que não resta muito de acessoriedade se a hipoteca está submetida às regras do registro de imóveis sobre a proteção de terceiros. Dessa maneira, perde-se uma importante conexão entre o direito garantido e o direito de garantia.³³ A proteção da confiança no registro de imóveis está em conflito com a acessoriedade da hipoteca.³⁴ Ao lado dessas duas formas de *Hypothek*, a *Grundschuld*, a dívida imobiliária, também foi adotada no esboço de código civil, a despeito de que, no entretempo, a dívida imobiliária era ferozmente criticada, e seus benefícios, ao lado da hipoteca negociável, eram postos em dúvida.

Os redatores do BGB aplicaram-se intensamente à busca de mobilização da terra e pensaram que isso exigia que deveriam ser generosamente protegidos os terceiros que confiassem na inscrição de uma hipoteca ou dívida imobiliária. Reinhold Johow menciona esse motivo explicitamente e acrescenta que uma investigação em Mecklenburg mostrava que o volume de crédito hipotecário aumentara consideravelmente depois da introdução da hipoteca não acessória por lá. Ademais, Johow indica que a exposição de motivos (*Motive*) da EEG prussiana afirma que a restrição das defesas contra o credor hipotecário teria uma influência positiva sobre a boa disposição dos mutuantes em aceitar garantias sobre imóveis. Estable en aceitar garantias sobre imóveis.

<sup>32.</sup> A Primeira Comissão elaborou o primeiro esboço do BGB, o *erster Entwurf*; Johow elaborou o *Vorentwurf*.

<sup>33.</sup> R Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, in W. Schubert (ed.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, vol. 2 (1982) 1487.

<sup>34.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19) 153.

<sup>35.</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. III (1888) 602-603, 607, 619.

<sup>36.</sup> Johow (n. 33) 1481.

<sup>37.</sup> Johow (n. 33) 1492.

<sup>38.</sup> Johow (n. 33) 1486.

Embora os redatores do BGB lutassem pela fácil transferência das hipotecas, Johow receava codificar uma hipoteca ao portador, porque, em sua opinião, as hipotecas não poderiam ser tratadas da mesma forma que ações e títulos da dívida pública. Seria contra a natureza de uma hipoteca tratar delas como um meio de troca. Para autorizar semelhante tratamento, a hipoteca, como um título de dívida, teria de estar munida de uma folha de cupão para o pagamento de juros. Isso era permitido, por exemplo, na Prússia,<sup>39</sup> onde o ofício de registro de imóveis (*Grundbuchamt*) era usado como lugar de pagamento, mas um sistema de liquidação que funcionasse apropriadamente, similar ao sistema de liquidação organizado pelos bancos, nunca se havia desenvolvido na Prússia. Um problema ainda maior surgia quando o devedor desejava resgatar o seu débito mais cedo, antes do vencimento. Se não é exigida a inscrição do novo credor hipotecário no registro de imóveis, o devedor só pode reembolsar se ele puder determinar a identidade do corrente credor hipotecário.<sup>40</sup>

Johow enfatizava que, mesmo sem a introdução da hipoteca ao portador, devedores solventes, como os donos de grandes imóveis agrícolas ou plantas industriais, poderiam atrair, sem esforços, crédito hipotecário com a *Pfandbriefbanks* (bancos que emitem títulos lastreados em hipotecas), bancos hipotecários e outras instituições financeiras e não financeiras. Essas instituições procuravam investimentos estáveis e de longo prazo, e não visavam à liquidez, a quão rapidamente a hipoteca poderia ser transferida. Investidores que visassem à alta liquidez eram direcionados para o mercado de ações e de títulos. Por essas razões, o endosso em branco de uma hipoteca também foi considerado inaceitável. A Primeira Comissão adotou a visão de Johow, segundo a qual hipotecas e dívidas imobiliárias ao portador e o endosso em branco deveriam ser excluídos. Depois de ferozes debates, a Segunda Comissão escolheu adotar, afinal, uma hipoteca especial para garantir dívidas à ordem e ao portador (*Wertpapierhypothek*) e uma especial dívida imobiliária ao portador (*Inhabergrundschuld*). Essa última, contudo, estava submetida à permissão do governo.

<sup>39. § 39</sup> EEG.

<sup>40.</sup> Johow (n. 33) 1565-1567, 1738-1741.

<sup>41.</sup> R. Johow, Vorlage über das Pfandrecht an Grundstücken, Bemerkungen, in W. Schubert (ed.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, vol. 3 (1982) 12; Johow (n. 33) 1567.

<sup>42.</sup> Johow (n. 33) 1742.

<sup>43.</sup> Motive zu dem Entwurfe (n. 35) 783-785, 793.

O endosso em branco não foi permitido pela Segunda Comissão, porque, na prática, levaria a permitir documentos ao portador.<sup>44</sup>

Os esboços preliminares de Johow e as disposições finais no BGB parecem inconsistentes. De um lado, Johow parece ter presente que em sua época o crédito era dado principalmente por instituições financeiras e, por essa razão, ele não quis equiparar certificados de hipoteca a títulos ao portador e ações. De outro lado, ele insistiu em que os certificados de hipoteca deveriam ser aptos a "competir" com títulos e ações como uma categoria de investimento e a circular como investimentos seguros. Ele alegava que, a fim de atingir esse resultado, as defesas deveriam ser restringidas e a fé pública no registro de imóveis deveria ser protegida. Como Johow rejeitasse a facilidade de transferência por meio de endosso em branco e salientasse a importância de investimento estável e de longo prazo em mútuos hipotecários, ele deve ter considerado que a restrição às defesas do devedor hipotecário era menos importante. Parece que ele ainda estava pensando no antigo modelo de Mecklenburg, em que investidores individuais adquiriam certificados de hipoteca.

Para facilitar a transferibilidade de hipotecas, os redatores do BGB (seguindo o exemplo de Johow em seu esboço preliminar) esboçaram a *Verkehrshypothek*, a hipoteca negociável, como o primeiro e mais importante tipo de hipoteca, para a qual a acessoriedade foi excluída em extensa medida. Ademais, foi desenvolvido outro tipo de hipoteca, que era acessória em extensa medida, a assim chamada *Sicherungshypothek* (o que literalmente se traduz como hipoteca de garantia). Em seu primeiro esboço, em 1876, Johow não quis tomar o modelo de Mecklenburg da dívida imobiliária completamente não acessória como o modelo primário, porque ele pensava em outras partes da Alemanha onde não havia nem a necessidade nem a base histórica para esse tipo de garantia imobiliária. A dívida imobiliária foi, contudo, codificada como um direito de garantia não acessório. Se usada para garantir um crédito, a dívida imobiliária era chamada de dívida imobiliária de garantia, conquanto ela tam-

<sup>44.</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Sachenrecht), vol. 3 (1899) 653 and 719.

<sup>45.</sup> Johow (n. 41) 12, 17-18 e 45.

<sup>46.</sup> A *Sicherungshypothek* não é plenamente acessória. Se não há nenhum direito garantido, o direito de garantia, entretanto, existe, mas na forma de um dívida imobiliária de proprietário, uma dívida imobiliária que pertence ao dono do imóvel: *Eigentümergrundschuld*.

<sup>47.</sup> Johow (n. 41) 33.

bém pudesse ser usada para outros propósitos. As disposições sobre a dívida imobiliária saíram-se mal no BGB: a maior parte das disposições sobre hipotecas foram simplesmente declaradas aplicáveis à dívida imobiliária. O lugar proeminente da hipoteca era atribuível ao fato de que ela se ajustava à prática creditícia do dia.<sup>48</sup>

Tanto a hipoteca quando a dívida imobiliária eram admitidas em duas formas: como um direito meramente tabular (Buchrecht) e como um direito literal (Briefrecht). No caso de um direito de garantia meramente tabular, o detentor do direito de garantia era inscrito no registro de imóveis. Cada transferência exigia, no registro de imóveis, uma inscrição da transferência e do nome daquele a quem o direito era transferido, de modo que, em princípio, o corrente detentor da hipoteca ou da dívida imobiliária estava inscrito no registro de imóveis. A hipoteca ou a dívida imobiliária literal estava inscrita no registro de imóveis e fixada num documento.<sup>49</sup> O direito de garantia era transferido, simplesmente, pela transferência do documento; nenhuma retificação do registro de imóveis era exigida. Depois da transferência, como resultado, o nome do detentor corrente não podia ser encontrado no registro de imóveis. Esses direitos de garantia literais foram criados segundo o exemplo de documentos transferíveis advindo de Mecklenburg e da Prússia. No BGB, esses direitos de garantia literais foram mesmo codificados como a opção padrão. No § 1.116 (1), o BGB exige que um documento deva ser confeccionado, mas na subseção 2 ele acrescenta que as partes podem abster-se da emissão de um documento. No passado, os bancos normalmente preferiam direitos de garantia literais, mas hoje em dia há uma tendência em direção ao uso de direito de garantia meramente tabular.50

# 4. Desenvolvimentos no século XX

Ainda em 1957, Wolff e Raiser escreviam que não se fazia muito uso dívida imobiliária: quase todos os direitos de garantia sobre imóveis tomavam a forma de uma hipoteca negociável, a *Verkehrshypothek*.<sup>51</sup> Nas décadas seguintes, a dí-

<sup>48.</sup> S. Buchholz, Einreden gegen die Grundschuld (2003) 786-817, 808.

<sup>49. § 1.116</sup> BGB.

<sup>50.</sup> H. Gaberdiel e M. Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 9. ed. (2011) Rn 165. Gladenbeck acredita que isso é devido aos custos adicionais cobrados pelo registro de imóveis para emitir o documento para o direito literal.

<sup>51.</sup> Wolff and Raiser, Sachenrecht (n. 4) § 132.

vida imobiliária ganhou vantagem sobre a hipoteca negociável. Quase todos os direitos de garantia sobre imóveis tomam, hoje em dia, a forma de uma dívida imobiliária. A hipoteca de garantia (*Sicherungshypothek*) dificilmente é usada na prática. A forma especial de hipoteca de garantia para garantir créditos à ordem ou ao portador (*Wertpapierhypothek*)<sup>52</sup> ainda era usada, nos anos de 1950, por grandes companhias que desejavam garantir seus títulos por meio de um direito de hipoteca sobre seus imóveis. A dívida imobiliária ao portador (*Inhabergrundschuld*),<sup>53</sup> a controversa peça de mostruário em que a transferibilidade foi desenvolvida ao extremo, dificilmente era usada na prática.<sup>54</sup> Segundo a literatura moderna, a *Wertpapierhypothek* é hoje muito dificilmente usada.<sup>55</sup> Para ilustrar, escreve Buchholz, um dos mais proeminentes autores nesse assunto: "A hipoteca ao portador permaneceu como um episódio histórico (...) [A] integração na circulação de valores mobiliários cotados em bolsa permanece como uma ideia irrealista do século XIX".<sup>56</sup>

## 5. A transferibilidade da hipoteca negociável e da dívida imobiliária

O § 404 do BGB, que é parte das disposições gerais sobre a cessão de crédito, autoriza o devedor a opor ao cessionário, depois da cessão do direito garantido, as defesas que ele tinha contra o credor. Além disso, o devedor que, depois da cessão, paga a sua dívida ao cedente, está protegido pelo § 407 BGB. Ele pode opor seu pagamento ao cessionário, contanto que ele não tenha sabido da cessão quando fez o pagamento. Ademais, o § 1.137 BGB dispõe que o dono do imóvel hipotecado (o devedor ou um terceiro) pode opor, à *hipoteca*, as defesas que o devedor tenha contra o *crédito* garantido: por exemplo, a defesa de que o crédito já tinha sido pago parcialmente. Se a hipoteca nunca coube ao suposto credor hipotecário, porque nunca houve um crédito garantido, ou se a hipoteca passou ao devedor hipotecário como resultado do pagamento total do direito garantido, o devedor hipotecário pode opor essa defesa, dada pelo § 1.163 BGB, ao suposto credor hipotecário.

<sup>52. § 1.187</sup> BGB.

<sup>53. § 1.195</sup> BGB.

<sup>54.</sup> Wolff e Raiser, Sachenrecht (n. 4) §§ 152 e 155; Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19) 402; Westermann, Gursky e Eickmann, Sachenrecht (n. 4) § 119 I 3.

<sup>55.</sup> H. Prütting, G. Wegen and G. Weinreich, BGB Kommentar, 4. ed. (2009) § 1.187 Rn 1.

<sup>56.</sup> Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht (n. 19) 402.

Ao lado dessas defesas contra o crédito, que às vezes podem ser opostas também à hipoteca, há ainda defesas dirigidas somente contra a própria hipoteca: por exemplo, defeitos na constituição, incapacidade, nulidade, uma cessão nula, mas também um diferimento convencional de pagamento que se aplique à própria hipoteca. Segundo o § 1.157, o devedor hipotecário pode opor essas defesas a um credor hipotecário subsequente.

Em larga medida, contudo, essas regras são postas de lado pela assim chamada fé pública do registro de imóveis (*öffentlicher Glaube des Grundbuchs*). O § 1.138 do BGB dispõe que as regras sobre fé pública do registro de imóveis, postas nos §§ 891-899 BGB, aplicam-se ao direito garantido e às defesas que o dono do imóvel hipotecado pode opor segundo o § 1.137 ou § 1.163 BGB.<sup>57</sup> Para defesas contra a própria hipoteca, o § 1.157 dispõe que se aplique o § 892 BGB.

A aplicação do § 1.138 não leva o cessionário do direito garantido a adquirir o *crédito* pelo montante em que ele acreditava, mas leva-o a adquirir uma *hipoteca* que ele pode executar por esse montante. Se o direito garantido não existe de maneira alguma, ou se ele foi adimplido por inteiro, o cessionário adquire apenas uma hipoteca sem um direito garantido. A lei alemã não oferece aos cessionários de créditos, como terceiros, nenhuma outra proteção. Isso conduz à conclusão seguinte: onde o direito garantido não existe, ou onde ele existe por um valor menor do que o inscrito no registro de imóveis, o cessionário, se protegido pela fé pública do registro, pode executar uma hipoteca e vender o imóvel em execução e receber, do produto da venda, uma soma até o máximo do montante inscrito no registro de imóveis.

Segundo o § 892 BGB, que se aplica por meio dos §§ 1.138 e 1.157 BGB, o cessionário do direito garantido pode confiar no registro de imóveis, salvo se a incorreção puder ser inferida de uma anotação no certificado de hipoteca.<sup>58</sup> Além disso, nenhuma proteção é oferecida, como a um terceiro, a um cessionário que sabia que o conteúdo do registro de imóveis era incorreto.

Diferentemente da legislação de Mecklenburg e da Prússia,<sup>59</sup> o conhecimento positivo não conduz a uma *actio doli* ou *exceptio doli*, mas a proteção oferecida aos terceiros pelo § 892 *et seq.* do BGB simplesmente se extingue. E, diferentemente da legislação de Mecklenburg, o § 892 BGB não exclui a proteção

<sup>57.</sup> Um exemplo disso é OLG Hamburg, 18 de novembro de 1952, I U 226/52, MDR 53, 171.

<sup>58. § 1.140</sup> BGB.

<sup>59. § 38</sup> EEG.

concedida a terceiro, quando o terceiro, por culpa *stricto sensu*, não conhece a incorreção ou a incompletude do registro de imóveis.

Além disso, o oponente do credor hipotecário, que é o devedor ou o dono do imóvel hipotecado, deveria fazer prova desse conhecimento positivo. Mesmo no caso de um mútuo munido de garantia em que haja obrigação de pagar parcelas mensais, onde o cessionário deveria saber que o montante inscrito é maior do que o débito remanescente, é quase impossível provar a falta de boa-fé.

De outro lado, o detentor de uma Sicherungshypothek, uma hipoteca de garantia, permanece desprotegido contra a falsa impressão dada pelo registro de imóveis no que concerne à existência e ao montante do direito garantido.60 Por conseguinte, tal hipoteca não pode ser executada se o crédito garantido não existe ou se deixou de existir, e não pode ser executada por um montante maior do que o efetivo montante do crédito garantido. Por essa razão, o direito poderia ser chamado de acessório. Num aspecto, contudo, esse direito não é completamente acessório: quando o crédito garantido se extingue, a hipoteca não se extingue também, mas passa ao devedor hipotecário e transforma-se numa dívida imobiliária de proprietário (Eigentümergrundschuld).61 Os redatores do BGB haviam modelado a proteção de terceiros, em favor de um subsequente adquirente de uma dívida imobiliária (restrição das defesas), do mesmo modo que haviam feito para a hipoteca negociável (Verkehrshypothek). O devedor da dívida imobiliária, é verdade, poderia invocar certas defesas oriundas da dívida imobiliária ao posterior adquirente da dívida imobiliária,62 mas essa disposição foi amplamente posta de lado pela proteção dada ao terceiro pelo § 892. A defesa só poderia ser oposta ao terceiro se ela tivesse sido anotada no certificado de dívida imobiliária, 63 ou se o terceiro tivesse tido conhecimento positivo da defesa no tempo de sua aquisição.

Surge então o problema: quando tal conhecimento positivo é reconhecido? O *Reichsgericht*<sup>64</sup> reconheceu o conhecimento positivo prontamente. No

<sup>60. §§ 1.184</sup> e 1.185 BGB.

<sup>61. § 1.163,</sup> combinado com § 1.177 BGB.

<sup>62. § 1.157</sup> BGB.

<sup>63. § 1.163,</sup> combinado com § 1.192 BGB.

<sup>64.</sup> O *Reichsgericht* foi o mais alto tribunal de competência geral no *Reich* alemão e, entre outras coisas, tinha competência em matérias cíveis e criminais. Existiu de 1879 até 1945, quando foi dissolvido pelas forças aliadas. Em 1950 foi substituído pelo *Bundesgerichtshof*.

julgamento de 24 de novembro de 1917,65 o Tribunal sustentou que o mero conhecimento de que a dívida imobiliária garantia um crédito resultava em que o terceiro tinha conhecimento positivo de qualquer defesa oriunda do contrato de garantia (Sicherungsvertrag). Naquele caso, a dívida imobiliária tinha sido transferida sem a cessão do crédito garantido. O Reichsgericht sustentou que a defesa de que o crédito já tinha sido pago poderia ser oposta ao novo detentor da dívida imobiliária e que, como resultado, a dívida imobiliária não poderia ser executada. Na literatura, esse julgamento foi objeto de críticas severas, porque ele resultava em que o subsequente detentor de uma dívida imobiliária seria protegido em menor extensão que o subsequente detentor de uma hipoteca negociável.66 O Bundesgerichtshof, de outro lado, praticamente nunca reconhece o conhecimento positivo. O conhecimento positivo somente é reconhecido se a defesa já tinha surgido antes da transferência e se o novo detentor da dívida imobiliária conhecia a defesa no tempo de sua aquisição ou se poderia ter tido conhecimento sobre ela, naquele tempo, por causa de uma inscrição no registro de imóveis.67

Se a defesa ainda não existia ao tempo da transferência (por exemplo, quando o direito garantido foi resgatado depois da transferência da dívida imobiliária), o § 1.157 BGB não se aplica à defesa de maneira alguma, de modo que o terceiro, o subsequente detentor da dívida imobiliária, está protegido mesmo se tinha conhecimento da defesa. Deve-se ter presente que não existe exigência de dar notícia, ao devedor da dívida imobiliária, de que a dívida imobiliária foi transferida. Se nenhuma notícia foi dada, o devedor da dívida imobiliária pode ser que pague à pessoa errada.

A análise precedente mostra que há casos em que uma hipoteca ou dívida imobiliária pode ser executada por mais que o montante devido. Além disso, uma peculiaridade da dívida imobiliária está em que o montante devido por força da dívida imobiliária pode aumentar mais rapidamente que o montante devido por força do contrato de mútuo. O dever de pagamento por força da dí-

<sup>65.</sup> RGZ 91, 218, op. 224.

<sup>66.</sup> Vide, para um levantamento: D. Reinicke e K. Tiedtke, *Kreditsicherung*, 5. ed. (2006) n. 1.212-1.226.

<sup>67.</sup> BGH, 21 de abril de 1972, BGHZ 59, 1; BGH, 16 de janeiro de 2001, WM 2001, 453.

<sup>68.</sup> E. Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte (1993) 601; T. Fest, Eine Revolution der Kreditsicherung mittels Grundschulden, Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes auf den Schuldnerschutz (2008) 657-663, 659; P. Redeker, Renaissance der Hypothek durch Abschaffung des gutgläubigen einredefreien Erwerbs bei der Grundschuld? (2009) 208-213, 209-210.

vida imobiliária é independente do dever de pagamento por força do contrato de mútuo, sendo, este último, o direito garantido. Frequentemente, créditos de dívida imobiliária estão submetidos a uma porcentagem de juros de mais de 14% (às vezes mesmo 20%), independentemente da porcentagem de juros do próprio mútuo, que hoje em dia será substancialmente menor, graças às baixas taxas de juros no mercado de capitais. Esso significa que, a despeito de pagamento total ou parcial do crédito garantido decorrente do contrato de mútuo, a dívida imobiliária pode ser executada por um montante que seja até superior ao montante total que é devido por força do contrato de mútuo, incluindo-se os juros. Um cálculo simples mostra que, a essas taxas de juros, não leva muito tempo para que dobre o montante da dívida imobiliária.

Um detalhe impressionante está em que um subsequente detentor de uma hipoteca ou dívida imobiliária está protegido pela fé pública do registro de imóveis, mas a sua confiança no certificado de hipoteca ou no certificado de dívida imobiliária permanece desprotegida. Se um pagamento parcial havia sido inscrito no registro de imóveis, mas ainda não tinha sido anotado no certificado, e se o adquirente confia no certificado, ele não estará protegido; 70 o adquirente sempre deveria conferir o registro de imóveis. Assim, o BGB realmente adotou a ideia, vinda de Mecklenburg, de incorporar a hipoteca num certificado, mas ele não adotou a ideia correlativa de que o adquirente pode, em princípio, confiar no certificado. Ao deixar desprotegidos aqueles que confiariam no certificado, o BGB paralisa o certificado e fá-lo inadequado para ser transferido como um título de crédito. Ora, a possibilidade de confiar no certificado era, em primeiro lugar, a própria razão para fazer não acessórios os direitos de garantia. O fato de o § 1.116 do BGB estatuir que, salvo se as partes estipularem diferentemente, a hipoteca fica incorporada num certificado, não é mais que um vestígio da época anterior ao BGB. O mesmo vale para a dívida imobiliária à qual o § 1.116 se aplica por meio do § 1.192 BGB.

# 6. O CONTRATO DE GARANTIA (SICHERUNGSVERTRAG)

A dívida imobiliária é quase exclusivamente usada para garantir um crédito, caso em que ela é chamada de dívida imobiliária de garantia

<sup>69.</sup> G. Brambring e H.-U. Jerschke (eds.), *Becksches Notar-Handbuch*, 5. ed. (2009), A VI *Grundschulden*, Rn 3 (H. Amann).

<sup>70.</sup> Brehm & Berger, Sachenrecht (n. 4) n. 17.116; H. Prütting, Sachenrecht, 34. ed. (2010) n. 652.

(Sicherungsgrundschuld).71 No caso de uma dívida imobiliária de garantia, as partes estipulam, num assim chamado contrato de garantia (Sicherungsvertrag), qual crédito ou quais créditos serão garantidos e em que condições a dívida imobiliária poderá ser executada. Apesar do fato de que a dívida imobiliária originalmente fosse não acessória, o contrato de garantia cria certo grau de acessoriedade. Para dar um exemplo, se o credor da dívida imobiliária, que também é parte no contrato de garantia, executa a dívida imobiliária, embora por força do contrato de garantia não estivesse autorizado a fazê-lo, ele fica sujeito a reparar danos por descumprimento. Se o credor da dívida imobiliária a executa e o produto da venda forçada é maior que o montante do crédito garantido, o contrato de garantia obriga-o a pagar o valor excedente ao antigo dono do imóvel vendido. É um problema sério, contudo, o fato de que o subsequente detentor de uma dívida imobiliária não esteja automaticamente vinculado ao contrato de garantia. Ainda que, ademais da dívida imobiliária, o direito garantido também seja transferido para o próximo credor da dívida imobiliária, o subsequente credor da dívida imobiliária não está implicitamente vinculado pelo contrato.<sup>72</sup> O credor da dívida imobiliária, se não está vinculado assim, pode executar o que quer que pretenda e pode reter consigo qualquer excedente. Por essa razão, recomenda-se estipular no certificado de dívida imobiliária que a dívida imobiliária não pode ser transferida. Na prática, contudo, tal estipulação é omitida se o credor da dívida imobiliária é considerado um credor digno de confiança. Nessa perspectiva, todos os bancos alemães são considerados dignos de confiança e não se submetem a uma proibição de transferência.<sup>73</sup> Normalmente, o detentor de uma dívida imobiliária estará sob o dever de assegurar que o detentor subsequente da dívida imobiliária esteja vinculado ao contrato de garantia, mas o dono do imóvel gravado fica numa posição perigosa quando o subsequente credor da dívida imobiliária não está vinculado ao contrato de garantia. Em tal caso, é escassa consolação o fato de que o anterior credor da dívida imobiliária ainda esteja vinculado pelo contrato. Se o subsequente credor da dívida imobiliária age contra o contrato de garantia (ao qual ele não está vinculado), o devedor da dívida imobiliária deveria exigir ressarcimento de danos ao anterior devedor da dívida imobiliária.74

<sup>71.</sup> Gaberdiel e Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden (n. 50) Rn 561-562; Prütting, Sachenrecht (n. 70) n. 767.

<sup>72.</sup> C. Clemente, "Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs" (2007), Zeitschrift für Immobilienrecht 738, 740, e BGH, 25 de outubro de 1984, IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, 801.

<sup>73.</sup> Clemente (n. 72) 741.

<sup>74.</sup> M. P. Weller, Die Sicherungsgrundschuld, Juristische Schulung (2009) 969-975, 972.

## 7. PAGAMENTO DO CRÉDITO E PAGAMENTO DA DÍVIDA IMOBILIÁRIA

A dívida imobiliária cria uma obrigação de pagar que é independente de qualquer crédito pessoal que ela se destine a garantir. A dívida acompanha a propriedade e a obrigação que ela cria é, portanto, chamada de obrigação real (Realobligation). Além disso, na fraseologia do § 1.191 BGB, ela é "pagável à custa do próprio imóvel". Isso significa que o detentor da dívida imobiliária não pode demandar pagamento do dono do imóvel (a menos que tal obrigação pessoal tenha sido criada por outros meios além da dívida imobiliária, e. g., um contrato de mútuo), e que o detentor da dívida somente tem um direito de execução contra o imóvel pelo montante da obrigação real. Como a obrigação real é independente do crédito pessoal, a exoneração desse crédito pessoal não resulta automaticamente na extinção da dívida imobiliária ou na passagem da dívida imobiliária ao devedor da dívida imobiliária. Para resolver esse problema, a lei alemã dá ao devedor da dívida imobiliária um crédito pessoal para a retransferência da dívida imobiliária (Rückübertragungsanspruch ou, como às vezes é chamada, Anspruch auf Rückgewähr). Se um contrato de garantia válido foi celebrado, o crédito para a retransferência está baseado no contrato; ele é, então, um direito oriundo de contrato. Se não foi celebrado nenhum contrato de garantia, ou se o subsequente detentor da dívida imobiliária não está vinculado a ele, o crédito é baseado no enriquecimento ilícito, segundo o § 812 BGB: ungerechtfertigte Bereicherung. Em caso de dúvida, presume-se que um pagamento ao titular da dívida imobiliária/credor teve a finalidade de pagamento do crédito pessoal e da dívida imobiliária ao mesmo tempo. <sup>75</sup> Ora, muitos bancos estipulam, em seus contratos de garantia padrão, que o pagamento só reduzirá o crédito pessoal e não a dívida imobiliária.

# 8. Obrigação promissória abstrata<sup>76</sup> e poder de execução imediata

Geralmente, a criação de uma dívida imobiliária é reforçada por uma obrigação promissória abstrata (abstraktes Schuldversprechen).<sup>77</sup> Isso cria, ademais do crédito garantido e da obrigação real da dívida imobiliária, uma terceira obrigação que é completamente independente das duas primeiras. A existência

Bülow, Recht der Kreditsicherheiten (n. 4), n. 205. BGH, 12 de novembro de 1986,
 NJW 1987 838, 839.

<sup>76.</sup> O que será dito neste parágrafo acerca do abstraktes Schuldversprechen também se aplica ao abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB).

<sup>77. § 780</sup> BGB.

de três obrigações separadas e amplamente sobrepostas é um traço surpreendente da moderna prática alemã da hipoteca. O pagamento do crédito garantido não reduz a obrigação promissória abstrata. E nós já vimos que muitos bancos estipulam que os pagamentos também não reduzem a dívida imobiliária. A obrigação promissória abstrata é conectada ao crédito garantido. Isso assegura que a execução da obrigação promissória abstrata só é possível se for permitida por força do contrato de garantia.<sup>78</sup>

Uma vantagem da obrigação abstrata, para o credor, é a inversão do ônus da prova. Ao passo que cabe ao credor provar a existência e o montante do crédito garantido originário do contrato de mútuo, cabe ao devedor provar que o crédito garantido é efetivamente inferior ao montante da obrigação abstrata.<sup>79</sup> Em todo caso, todas as três obrigações estão conectadas a uma declaração na qual o devedor dá ao credor o poder de execução imediata, a assim chamada submissão à execução imediata (*Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung*),<sup>80</sup> comparável à cláusula escocesa de consentimento à *summary diligence* usada nas *standard securities*.<sup>81</sup>

Ainda que o § 1.147 disponha que tanto para a hipoteca como para a dívida imobiliária o credor será "satisfeito à custa do imóvel por meio de execução", o próprio direito de hipoteca ou de dívida imobiliária não dá um poder de execução *imediata*. O credor necessitará iniciar procedimentos contra o devedor para obter uma decisão judicial que ordene ao devedor que pague, o que então dará ao credor um poder de executar o direito garantido. O propósito da declaração de submissão é, principalmente, fazer com que ao credor seja desnecessário obter, em primeiro lugar, uma decisão judicial para executar seu direito de

<sup>78.</sup> Essa conexão existe ainda que não tenha sido expressamente estipulada: BGH, 02 de outubro de 1990, XI ZR 306/89, NJW 1991, 286, 2b; Gaberdiel e Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden* (n. 50) Rn 299.

<sup>79.</sup> E. Ehmann, Das Schuldanerkenntnis (2007) 329-337, 330.

<sup>80. § 794,</sup> seção 1(5) ZPO.

<sup>81.</sup> A combinação de *Grundschuld*, *abstraktes Schuldversprechen* e *Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung* põe o devedor numa posição muito perigosa. *Vide*, extensamente: C. Clemente, *Neuerungen im Immobiliardarlehens- und Sicherungsrecht* (2008) 589-598. Se a submissão se refere somente ao crédito pessoal ou à obrigação promissória abstrata, e não à própria dívida imobiliária (i. e., à obrigação real), o credor é incapaz de confiar no grau e na preferência da dívida imobiliária durante a execução. Por essa razão, a submissão também deveria referir-se à obrigação real da dívida imobiliária (*dinglicher Vollstreckungstitel*): *vide* Gaberdiel e Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden* (n. 50) Rn 1073.

garantia. Assim, acelera-se a execução.<sup>82</sup> Em segundo lugar, a declaração de submissão, se conectada ao crédito garantido e/ou à obrigação promissória abstrata, também autoriza uma venda forçada dos ativos do devedor que não estejam onerados com o direito garantido.<sup>83</sup>

## 9. A REFORMA DE 2008

Por um longo tempo, não causou problemas a regra segundo a qual, depois da transferência do direito garantido, as defesas, em princípio, não poderiam ser opostas ao novo detentor do direito garantido. Alguns anos atrás, contudo, houve indignação na Alemanha acerca do abuso dessa regra, principalmente por compradores estrangeiros de carteiras de créditos, que executavam dívidas imobiliárias por somas que excediam os montantes devidos por força dos contratos de mútuo. O legislador alemão sentiu a necessidade de resolver esse problema imediatamente.

A assim chamada *Risikobegrenzungsgesetz* (lei para a limitação de riscos), de 19 de agosto de 2008, <sup>84</sup> autorizou que o devedor da dívida imobiliária opusesse, ao credor subsequente, as defesas que ele tivesse contra o credor original da dívida imobiliária. Para esse fim, uma nova subseção 1.ª foi acrescentada ao § 1.192 BGB. Até a reforma, o problema estava regido pelo § 1.157 BGB. Segundo o texto literal do § 1.157 BGB, só é possível opor ao adquirente posterior do direito de garantia (em nosso caso, da dívida imobiliária) defesas que sejam dirigidas contra o *próprio direito de garantia*, como defeitos na constituição ou uma transferência nula ao subsequente credor da dívida imobiliária. De acordo com a opinião corrente, defesas que surjam do *contrato de garantia* também podem ser consideradas defesas dirigidas contra a dívida imobiliária. Como resultado, elas também podem ser opostas ao subsequente credor da dívida imobiliária. Uma dessas defesas é importante, porque oferece proteção se o direito garantido já foi reembolsado e a dívida imobiliária não mais pode ser executada.

Antes da reforma de 2008, contudo, essa regra era mais teoria que realidade, por causa de duas importantes limitações. A primeira consistia em que somente as defesas que já *existissem* ao tempo da transferência da dívida imobiliária

<sup>82.</sup> Bülow, Recht der Kreditsicherheiten (n. 4) n. 175, 409-414.

<sup>83.</sup> O grau preferente do direito de garantia não se aplica ao produto de uma venda forçada do imóvel que não estava onerado com o direito de garantia. *Vide*, em geral, Gaberdiel e Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden* (n. 50) Rn 291e 294.

<sup>84.</sup> BGBl I, 1666.

é que poderiam ser opostas ao novo credor da dívida imobiliária. Pagamentos feitos depois da transferência da dívida imobiliária, assim, não constituíam uma defesa válida contra o novo credor da dívida imobiliária. A segunda restrição estava em que, ademais, o § 892 BGB se aplicava, significando que somente as defesas *conhecidas* pelo subsequente credor da dívida imobiliária ao tempo da transferência é que poderiam ser opostas a ele.

O novo § 1.192(1a) dispõe que as defesas que surjam do contrato de garantia são defesas contra a dívida imobiliária e que todas as defesas do contrato de garantia<sup>85</sup> podem ser invocadas contra o subsequente detentor da dívida imobiliária *independentemente do momento em que a defesa tenha surgido*.<sup>86</sup> Se, depois da transferência da dívida imobiliária, o direito garantido é reembolsado ao antigo detentor da dívida imobiliária, o direito garantido extingue-se<sup>87</sup> e, por força do contrato de garantia, a finalidade de garantia extingue-se também. Isso dá ao devedor da dívida imobiliária um direito de retransferência da dívida imobiliária. A extinção da finalidade de garantia da dívida imobiliária pode agora ser oposta ao subsequente detentor da dívida imobiliária. O mesmo aplica-se ao pagamento parcial: em tal caso, o devedor da dívida imobiliária pode demandar uma retransferência parcial da dívida imobiliária e pode invocar esse direito contra o subsequente detentor da dívida imobiliária.<sup>88</sup>

<sup>85.</sup> Zetzsche discute a questão, até agora não respondida, se aquele que concede a garantia está desprovido (ou não) dessa proteção, caso o contrato de garantia seja nulo. Falando estritamente, a nulidade do contrato teria o estranho efeito de que o cessionário poderia invocar a proteção dada a terceiros. Zetzsche sustenta que defesas possem ser opostas ainda a um cessionário, se o contrato de garantia for nulo. *Vide* D. Zetzsche, *Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags beim Immobiliarkredithandel, Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 211 (2011) 543, 559 et seq.

<sup>86. § 1.192(1</sup>a) BGB: "Ist die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschuld), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden; § 1.157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1.157 unberührt". (Se a dívida imobiliária fora constituída para garantir um crédito (dívida imobiliária de garantia), as exceções que o dono tem por força do contrato de garantia com o prévio credor, ou que decorram do contrato de garantia, também podem ser opostas a qualquer adquirente da dívida imobiliária; o § 1.157, 2.ª alínea, não se aplica a esse respeito. No mais, o § 1.157 permanece intocado).

<sup>87. § 407</sup> BGB.

<sup>88.</sup> Weller, Die Sicherungsgrundschuld (n. 74) 969-975, 974.

A reforma do § 1.192 foi impulsionada pelo abuso feito das dívidas imobiliárias quando compradas por fundos de investimento. Que a hipoteca seja agora dificilmente usada no moderno direito alemão, isso pode ter sido a razão pela qual o legislador não tenha modificado, da mesma maneira, as regras relativas à hipoteca negociável. Como resultado, desde 2008 a hipoteca negociável é menos acessória que a dívida imobiliária.

Seria ir muito longe descrever a dívida imobiliária como acessória. A conexão entre a dívida imobiliária e o direito garantido ainda é feita no contrato de garantia, isto é, por meio de contrato. Desde 2008, contudo, esse contrato, ou, pelo menos, as defesas que surgem desse contrato, podem ser opostas aos posteriores adquirentes da dívida imobiliária. A *Grundschuld* aproxima-se muito da acessoriedade genuína, sem que efetivamente se torne acessória no estrito senso da palavra.

## 10. Errônea ponderação de interesses

O esboço preliminar de Johow e os seus motivos estão claramente baseados no modelo do crédito individual, o modelo que formou a base da RRHO de Mecklenburg de 1848. Isso é ainda mais verdadeiro para a versão final do BGB, que teve disposições sobre hipotecas que garantiam créditos ao portador e à ordem, e disposições sobre dívidas imobiliárias ao portador. As disposições do BGB não se ajustaram à nova prática, que já se vinha gradualmente desenvolvendo no final do século XIX, nomeadamente a transição do crédito individual para o crédito bancário, em que os bancos normalmente mantêm seus direitos e garantias em sua carteira até o vencimento dos créditos. Frequentemente, uma codificação codifica práticas tradicionais e, por isso, nem sempre é apropriada para acomodar outras novas. Os bancos hipotecários que se desenvolveram na segunda metade do século XIX assumiram, gradualmente, o papel do crédito individual. Os próprios bancos hipotecários providenciavam mútuos e, assim, tornavam-se credores. Para refinanciar esses mútuos, os bancos emitiam Pfandbriefe, um tipo especial de título lastreado em hipotecas. Segundo a legislação especial, os créditos garantidos com hipotecas ou dívidas imobiliárias formavam um fundo separado dentro do patrimônio do banco, para garantia dos detentores de títulos em caso de insolvência do banco. Esse ainda é o caso na moderna legislação sobre Pfandbriefe.89 Na insolvência do banco, o produto

<sup>89. § 30(1), 1.</sup>ª alínea, da *Pfandbriefgesetz*. *Vide* O. Stöcker in H. Schimansky, H.-J. Bunte and H.-J. Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, 3. ed. (2007) § 86a Rn 61-62.

desses créditos garantidos será usado, em primeiro lugar, para satisfazer os detentores de títulos. Nesse modelo, em que bancos concedem mútuos hipotecários, os créditos permanecem dentro do patrimônio do banco e não são transferidos. Ao passo que no antigo modelo de crédito individual as regras sobre hipotecas tiveram de ser destinadas a otimizar a facilidade de transferência, no novo modelo de crédito bancário isso não era mais importante. Não eram os próprios créditos hipotecários, mas os títulos lastreados em hipotecas que deveriam ser passíveis de fácil transferência. O mesmo argumento aplica-se aos mútuos garantidos por hipotecas e aos títulos emitidos para financiá-los.

Essa mudança nas práticas de financiamento deveria conduzir a uma diferente ponderação de interesses de mutuários e mutuantes. Para fazer o crédito individual mais atrativo para os investidores, as defesas do devedor foram restringidas. Diferentemente do que se passa com o credor original, um credor subsequente nem sempre podia conhecer as defesas que o devedor tinha contra o credor original. Pela via da analogia com os títulos de crédito, a hipoteca e a dívida imobiliária foram abstraídas da relação subjacente. Como resultado, as defesas contra o antigo credor só poderiam ser opostas ao novo credor se elas pudessem ser conhecidas a partir do certificado de hipoteca ou de dívida imobiliária, ou a partir do registro de imóveis, ou se o novo credor tivesse positivo conhecimento delas. Num sistema no qual os bancos, mais que os investidores individuais, fornecem créditos hipotecários, contudo, é injustificado restringir as defesas do devedor. Um banco que fornece mútuos hipotecários não tem um pequeno número de créditos hipotecários, mas uma ampla carteira creditícia. Se essa carteira, ou parte dela, é vendida e transferida a outra instituição financeira ou investidor, não há razão para que o comprador não deva suportar o risco de ser confrontado com uma defesa da qual ele não tinha e não podia ter tido conhecimento. Se não puder recuperar a soma que esperava dos mútuos garantidos, ele poderá pedir reparação de danos ao vendedor por descumprimento. E, mesmo que o comprador não possa obter compensação do vendedor porque este haja sido declarado insolvente depois da venda, o seu risco é normalmente bem distribuído, por causa do grande número de créditos que compra. Proteção adicional ao comprador, na forma de restrição das defesas do devedor, é desnecessária e prejudicial ao devedor; isso erroneamente subordina os interesses do devedor aos interesses do investidor.

#### 11. Razões para ceder créditos hipotecários

Um banco que concede mútuos deveria financiá-los atraindo dinheiro de investidores, e. g., oferecendo contas de poupança e emitindo títulos. Isso é

chamado de refinanciamento de mútuos. Esse simples modelo de atuação bancária envolve o banco, como intermediário entre pessoas que temporariamente tenham dinheiro de sobra e queiram investi-lo com segurança, e pessoas que temporariamente precisam de dinheiro. Os *Pfandbriefbanks* refinanciam seus mútuos emitindo títulos lastreados em hipotecas. No curso do século XX, outros bancos também começaram a conceder mútuos em larga escala. Como não estão autorizados a emitir *Pfandbriefe*, esses bancos só podem conceder um limitado número de mútuos. Ao vender e ceder um grande número de mútuos hipotecários, o banco pode ter acesso a dinheiro a baixo custo<sup>90</sup> e investi-lo em novos mútuos hipotecários. Essa técnica (chamada de securitização) foi introduzida na Alemanha no final do século XX.

A securitização pode ser ilustrada com o exemplo seguinte. Um banco cria uma sociedade de propósito específico (SPE) para o qual os mútuos são vendidos e cedidos. Para pagar o preço de compra ao banco, a SPE emite títulos a investidores. Um agente fiduciário (trustee), agindo em nome dos investidores em títulos, detém direitos de garantia sobre os créditos hipotecários da SPE. Por essa razão, os títulos são chamados de "valores mobiliários lastreados em hipotecas". Outra razão para a securitização está nisto: os bancos que financiam seus mútuos com depósitos deparam com o perigo de que os mútuos dados tenham uma duração muito mais longa do que o dinheiro nas contas de poupança que eles usam para financiar os mútuos. A maior parte das economias podem ser sacadas sem prévio aviso. Isso faz com que um banco seja vulnerável ao perigo de uma corrida bancária. O sistema de emissão de Pfandbriefe pode afastar esse perigo ao alinhar a duração dos títulos lastreados em hipotecas à duração dos mútuos hipotecários (alinhamento de duração). Os bancos que não estão autorizados a emitir Pfandbriefe resolvem esse problema introduzindo a securitização.

A securitização é também usada para aumentar as reservas de um banco (mútuos hipotecários são convertidos em dinheiro, o qual é depositado no banco central como reservas) e para diminuir o perfil de risco dos ativos, a fim de satisfazer requisitos de solvência (mútuos hipotecários são convertidos em dinheiro, o qual pode ser depositado como reservas livres de risco ou investido em títulos governamentais de baixo risco).

<sup>90.</sup> Cedendo-se os créditos para uma sociedade de propósito específico, que não pode ser afetada pela insolvência do banco, os títulos emitidos pela sociedade de propósito específico terão normalmente um índice de crédito mais elevado e, assim, uma taxa de juros mais baixa do que os títulos emitidos pelo próprio banco.

Além disso, um desenvolvimento recente ocorreu durante a crise financeira iniciada em 2007, quando os bancos necessitaram de altos níveis de liquidez para sobreviver. Normalmente, eles podiam obter mais liquidez com contratos de recompra, trocando títulos governamentais de alta qualidade por dinheiro. Esses títulos foram usados como valores mobiliários ou como garantias, como facilitado pela diretiva 2002/47/CE sobre contratos de garantia financeira. Em larga escala, os bancos centrais começaram a injetar liquidez no mercado ao celebrar contratos de recompra com os bancos. Quando esses bancos não tinham mais garantias de alta qualidade, os bancos centrais foram forçados a aceitar garantias ilíquidas e de qualidade inferior, como mútuos. Isso está agora acomodado na legislação de garantias financeiras pela diretiva 2009/44/CE. 92

Um motivo completamente diferente para cessões em massa é a cessão da assim chamada "dívida depreciada", ou "mútuo não adimplido", a fundos de investimento: a venda e a cessão de créditos (hipotecários) cujo devedor não tem capacidade de adimplir. Investidores podem estar interessados em comprar esses créditos a preços vantajosos e tentar recuperar tanto dinheiro quanto for possível.

Todos os exemplos acima mencionados têm em comum que os créditos são cedidos em larga escala entre partes empresárias ou entre um banco e uma entidade pública, como um banco central. Em tais casos, o cessionário pode e deveria suportar o risco de ser confrontado com defesas que lhe são desconhecidas. Não há necessidade de subordinar os interesses do devedor aos interesses do cessionário.

## 12. Por que isso não correu mal antes?

Durante o período compreendido entre o desaparecimento do crédito individual, no final do século XIX, e o ascenso da securitização, no final do século XX, dificilmente se fez algum uso da transferibilidade da hipoteca negociável e da dívida imobiliária. Os bancos mantinham as suas carteiras de mútuos por toda a duração destes últimos. Somente a partir de 1990 é que a transferibilidade desses direitos de garantia foi usada em larga escala na Alemanha. Há alguns anos, isso levou a problemas que envolviam, principalmente, a cessão de mútuos não reembolsados. Certos compradores de carteiras de dívida imobiliária abusaram da decisão legislativa de expor o devedor da dívida imobiliária ao

<sup>91.</sup> Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, OJ 2002 L168/43.

<sup>92.</sup> Diretiva 2009/45/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, OJ 2009 L163/1.

risco de ter de pagar mais do que o débito restante por força do contrato de mútuo. Como, tradicionalmente, os bancos praticamente nunca transferiam os créditos garantidos e os direitos de garantia, eles normalmente não anotavam nenhum pagamento de prestações no certificado de hipoteca ou de dívida imobiliária. A RRHO de Mecklenburg, em 1848, advertira explicitamente que tais pagamentos parciais tinham de ser anotados no certificado para garantir que essa defesa tivesse efeito contra terceiros. Johow repetiu essa advertência em seu comentário a seu primeiro esboço preliminar sobre direitos de garantia imobiliária, mas também a usou para justificar a restrição de defesas. 4

#### 13. ACESSORIEDADE DA DÍVIDA IMOBILIÁRIA

Seria ir muito longe proclamar que a dívida imobiliária alemã, desde a reforma de 2008, tornou-se completamente acessória quando garante um crédito (*Sicherungsgrundschuld*). Num aspecto, a dívida imobiliária não é acessória: ela pode existir sem um crédito garantido, mas isso também se aplica à hipoteca, 95 mesmo à hipoteca de garantia (*Sicherungshypothek*), e esta última normalmente é descrita como estritamente acessória. Um dono de um imóvel pode onerar sua propriedade com uma dívida imobiliária, mantida por ele próprio, com o propósito de transferir esse direito de garantia posteriormente. Se uma hipoteca foi concedida e o crédito garantido ainda não existe ou se extinguiu, a hipoteca pertence a quem a concedeu e toma a forma de uma dívida imobiliária de proprietário (*Eigentümergrundschuld*).

Este aspecto autorizou a reserva de grau no direito alemão. Como sucede em várias ordens jurídicas, no direito alemão uma hipoteca anterior toma precedência sobre uma hipoteca posterior. Se o mesmo imóvel foi onerado com duas hipotecas, e se a hipoteca de primeiro grau se extingue, a segunda hipoteca pode avançar para ser a hipoteca de primeiro grau. Isso cria um problema quando o devedor quer adimplir o primeiro credor hipotecário com um novo mútuo hipotecário tomado com um terceiro. Ele somente obterá uma taxa de juros favorável quando o novo credor obtiver uma hipoteca de primeiro grau. Um credor de grau inferior normalmente exigirá uma taxa de juros maior.

<sup>93. § 27(3), 2.</sup>º §, RRHO 1848: "Contra o pagamento do principal, ele [i. e., o devedor – N. do A.] deve exigir a entrega do certificado de hipoteca ou uma declaração de nulidade e, no caso de pagamento parcial, uma anotação disso no certificado de hipoteca".

<sup>94.</sup> Johow (n. 41) 54.

<sup>95. § 1.163</sup> BGB.

Seria injusto que o credor de grau inferior pudesse ascender, porque ele comumente receberá uma taxa de juros maior. No final do século XIX, quando o Código Civil alemão foi esboçado, isso constituía a razão primária para admitir uma dívida imobiliária de proprietário. No século XIX, vários sistemas jurídicos na Alemanha ainda tinham um sistema de graus fixos de hipoteca. Uma hipoteca de grau inferior não podia ascender. O BGB tentou alcançar o mesmo resultado dispondo que a hipoteca não se extingue quando o crédito garantido se extingue, mas que a hipoteca é automaticamente transferida ao devedor hipotecário e se transforma numa dívida imobiliária de proprietário. No crédito está garantido por uma dívida imobiliária, o reembolso do mútuo não afeta a dívida imobiliária, mas o devedor da dívida imobiliária tem um direito pessoal para a retransferência da dívida imobiliária, a qual, depois da retransferência, modifica-se numa dívida imobiliária de proprietário. Isso demonstra que o BGB toma um sistema de graus deslocáveis como ponto de partida. Não fosse assim, essas disposições não haveriam sido necessárias. Se

Hoje em dia, contudo, o sistema de preservação do grau não tem mais valor nenhum. A prática das hipotecas na Alemanha mudou consideravelmente: direitos de garantia de grau inferior, se forem aceitos, são detidos por sociedades de construção (*Bausparkassen*) que, normalmente, cobram uma taxa de juros mais baixa que os detentores de uma hipoteca ou dívida imobiliária de primeiro grau. <sup>99</sup> Além disso, na prática, os bancos com menor grau exigem, em seus contratos com o mutuário, que, se a hipoteca ou a dívida imobiliária se modificar em dívida imobiliária de proprietário, <sup>100</sup> o mutuário tem de abandonar a sua dívida imobiliária de proprietário, de modo que os bancos com menor grau possam, afinal, ascender. Esse direito pessoal a ter removida a dívida imobiliária de proprietário (*Löschungsanspruch*) era normalmente inscrito no registro de imóveis (mediante uma *Vormerkung*), protegendo-o, assim, contra terceiros. Finalmente, em 1977, essa prática foi codificada no Código Civil alemão nos §§ 1.179a e 1.179b, que munem o credor de grau inferior com um direito,

<sup>96.</sup> Motive (n. 35) 203-204.

<sup>97.</sup> Se o mútuo é reembolsado somente em parte, o devedor hipotecário recebe uma Eigentümergrundschuld pelo montante que ele reembolsara. O § 1.176 BGB assegura que a hipoteca do credor tenha prioridade sobre a dívida imobiliária de proprietário.

<sup>98.</sup> Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht* (n. 19) 261. Para o sistema de graus hipotecários fixos, antes do BGB, *vide* 172-173, 261-262 e 349.

<sup>99.</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Eickmann (n. 5) § 1.163 Rn 2.

<sup>100.</sup> A dívida imobiliária normalmente se torna uma dívida imobiliária de proprietário, quando o credor a transfere ao devedor.

imposto pela lei, de remoção a dívida imobiliária de proprietário dotada de grau superior.<sup>101</sup> Este parágrafo também se aplica à *Grundschuld*, se a *Grundschuld* era detida por outra pessoa que não fosse o dono do imóvel, antes que se modificasse numa dívida imobiliária de proprietário.<sup>102</sup> Como resultado, o sistema de preservação de grau foi, assim, solapado.<sup>103</sup> Foi suprimida uma das importantes razões pela qual o direito alemão introduzira a dívida imobiliária não acessória no Código Civil.

Como foi indicado antes, desde 2008 a maior parte das defesas contra o credor original da dívida imobiliária também pode ser invocada contra qualquer subsequente credor da dívida imobiliária. O aspecto mais importante da reforma de 2008 está em que ela fez a execução da dívida imobiliária quase completamente acessória. Como a hipoteca negociável não foi modificada, nós podemos chegar à conclusão de que a dívida imobiliária é agora mais acessória que a hipoteca negociável. O dogma mais importante da lei alemã sobre hipotecas e dívidas imobiliárias, a restrição das defesas, foi abandonado no caso da dívida imobiliária.

#### 14. Por que a dívida imobiliária foi favorecida sobre a hipoteca

As disposições da lei alemã sobre a hipoteca têm uns poucos traços notáveis, os quais, numa perspectiva comparatística, poderiam ser considerados como deficiências. Um problema que ela divide com a dívida imobiliária é a falta de poder para execução imediata. Como dito antes, uma submissão à execução imediata (*Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung*), em separado, <sup>105</sup> é necessária para dar esse poder ao credor. Sem isso, a hipoteca é

<sup>101.</sup> Para resolver esse problema da ascensão de credores de grau inferior, o dono do imóvel pode estipular, no instrumento de constituição de uma hipoteca ou dívida imobiliária inferior, que o detentor dessa garantia de grau inferior não tem o direito de exigir a remoção da dívida imobiliária de proprietário (§ 1.179a(5) BGB). Na prática, contudo, os bancos alemães raramente aceitam hipotecas ou dívidas imobiliárias de grau inferior, de modo que o problema de grau praticamente nunca surgirá entre dois mutuantes dotados de garantia. Se um credor hipotecário de grau inferior ascendeu, seu grau pode ser modificado por uma *Rangānderung* (§ 880) ou o grau pode ser preservado por uma *Rangvorbehalt* (§ 881 BGB).

<sup>102. § 1.196(3)</sup> BGB.

<sup>103.</sup> Brehm e Berger, Sachenrecht (n. 4) § 17.127.

<sup>104.</sup> Também nesse sentido: Weller, Die Sicherungsgrundschuld (n. 74) 969-975.

<sup>105. § 794,</sup> secão 1(5) ZPO.

muito menos útil. Não há problema em ligar essa submissão a uma hipoteca negociável. O direito garantido é suficiente específico. A hipoteca negociável, contudo, tem algumas desvantagens importantes. Se, depois da sua constituição, as partes desejam usar a hipoteca para garantir créditos diferentes, um novo documento tem de ser registrado no registro de imóveis para fazer prova dessa mudança. 106 Ademais, a hipoteca negociável não pode ser usada para garantir créditos diferentes (futuros) cujo montante se modifique. Para garantir esses últimos créditos, pareceria mais fácil empregar a hipoteca de importância máxima (Höchstbetragshypothek). 107 Ela pode ser usada para garantir créditos que surjam de uma certa relação jurídica específica, tal como a relação de conta-corrente, ou, mais genericamente, tal como uma cláusula segundo a qual todos os créditos surgidos de uma relação entre banco e cliente estejam abrangidos pela mesma garantia (cláusula all sums). Contudo, geralmente se considera impossível combinar esse tipo de hipoteca com uma declaração de submissão, porque tal declaração exige que o crédito deva ser identificável e que o montante do crédito deva ser conhecido exatamente ou, pelo menos, deva ser imediatamente calculável a partir do documento que contém a declaração. 108 Isso exclui a declaração de submissão para qualquer crédito futuro que surja de uma relação de conta-corrente, cujo montante é desconhecido no presente. Algumas vezes, é considerado um problema o fato de que a hipoteca de importância máxima seja tratada como uma hipoteca de garantia (Sicherungshypothek), de modo que fica indisponível a proteção dada a terceiros. 109 Como nós veremos no próximo parágrafo, esses problemas podem ser resolvi-

<sup>106. § 1.180</sup> BGB.

<sup>107. § 1.190</sup> BGB.

<sup>108.</sup> BGH, 28 de março de 2000, XI ZR 184/99, WM 2000, 1058; Baur and Stürner, Sachenrecht (n. 4) 40 Rn 38; A. Hornung, Vollstreckungsunterwerfung und Höchstbetragshypothek (1991) 1649-1654. Münchener Kommentar zum ZPO/H. Wolfsteiner, 3. ed. (2007) § 794 Rn 157; K. J. Müller in J. Kindl, C. Meller-Hannich e H.-J. Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung (2010) § 794 Rn 48. Desde 1999 o § 794, seção 1(5) ZPO não mais estatui que o crédito deva ser específico. Ainda assim, H. F. Gaul, E. Schilken e E. Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. ed. (2010) § 13 Rn 54-57 sustentam que essa foi uma mera mudança textual e que o crédito deveria ser especificado. Contra esse entendimento, vide J. Wilhelm, Sachenrecht, 4. ed. (2010) Rn 1710.

<sup>109.</sup> A Höchstbetragshypothek é igual a uma Sicherungshypothek. Normalmente, a Sicherungshypothek é considerada estritamente acessória. Isso não está inteiramente correto para a Höchstbetragshypothek. O vínculo entre o direito de garantia e os créditos garantidos é tão mitigado que, nesse aspecto, aquele dificilmente é acessório.

dos usando uma hipoteca negociável que garanta uma obrigação promissória abstrata, mas, ainda assim, essas são as principais razões pelas quais os advogados favoreciam a dívida imobiliária.<sup>110</sup>

Comumente, o princípio de acessoriedade é censurado por tais problemas. A solução óbvia é empregar a dívida imobiliária não acessória e, assim, contornar a acessoriedade de todo. De uma perspectiva comparatística, parece que esses problemas podem ser facilmente resolvidos sem recorrer a direitos de garantia não acessórios. No direito holandês, é permitido garantir cláusulas all sums com uma hipoteca de importância máxima. 111 O problema alemão de que nenhuma declaração de submissão seja possível para uma importância flutuante não tem nada que ver com a própria acessoriedade, mas é um defeito técnico nas disposições sobre a hipoteca, que pode ser resolvido facilmente. No direito holandês, tal submissão não é necessária, porque qualquer hipoteca dá a seu detentor um poder, derivado da lei, de execução imediata.<sup>112</sup> Em minha opinião, o fato de que um cessionário do crédito hipotecário não goza da proteção dada ao terceiro não pode ser visto, de forma alguma, como um "problema". Tal proteção seria muito injusta para o devedor. Em suma: em vez de remover obstáculos procedimentais (o poder de execução imediata), a acessoriedade é removida conjuntamente, criando um grande perigo para o devedor.

# 15. A HIPOTECA NEGOCIÁVEL ABSTRATA: SERÁ ELA FAVORECIDA SOBRE A DÍVIDA IMOBILIÁRIA?

Os problemas acima mencionados (como garantir um conjunto de créditos e cláusulas *all sums*) podem ser resolvidos criando uma hipoteca negociável que garanta uma obrigação promissória abstrata (*abstraktes Schuldversprechen*)<sup>113</sup> ou um reconhecimento abstrato de dívida (*abstraktes Schuldanerkenntnis*),<sup>114</sup> a

De outro lado, ele é acessório no sentido de que o cessionário fica sem proteção; ele não pode confiar no registro de imóveis.

<sup>110.</sup> O. Stöcker, Die Eurohypothek (1992) 41.

<sup>111.</sup> Artigo 3:231 BW.

<sup>112.</sup> Artigo 3:268 BW.

<sup>113. § 780</sup> BGB.

<sup>114. § 781</sup> BGB.

fim de neutralizar as consequências da acessoriedade. Formalmente, a acessoriedade permanece em seu lugar, mas é transformada em acessoriedade em relação a uma obrigação *abstrata*. Essa forma de hipoteca já tinha sido proposta no século XIX como uma alternativa à dívida imobiliária. Como no caso da dívida imobiliária, um contrato de garantia é necessário para assegurar que, depois da execução, o credor não possa receber mais dinheiro do que o montante do débito subjacente oriundo, por exemplo, do contrato de mútuo. Tal hipoteca pode ser reforçada com uma declaração de submissão à execução imediata. Essa obrigação abstrata não se extingue quando é reembolsado o crédito garantido, oriundo do contrato de mútuo.

Alguns autores sustentam que a hipoteca abstrata infringe o princípio do *numerus clausus*, porque a hipoteca sempre deveria ser ligada a um crédito garantido. Heinze, contudo, sustenta que os redatores do BGB não rejeitaram essa forma de hipoteca e que a hipoteca abstrata está expressamente permitida no § 26(1), n. 1, da *Pfandbriefgesetz*, no caso de hipoteca de navios. 117

Poder-se-ia dizer que a acessoriedade da hipoteca é, em parte, direito dispositivo. De outro lado, a constituição de uma dívida imobiliária e o seu perecimento podem ser ligados a um crédito garantido, usando condições suspensivas e resolutivas no instrumento que constitui a dívida imobiliária. Isso introduz, então, dois aspectos de acessoriedade. Esses aspectos não acessórios da dívida imobiliária também são direito dispositivo.

Alguns autores preveem que a hipoteca que garante um crédito abstrato será, no futuro, favorecida pelos mutuantes, em detrimento da dívida imobiliária. Alguns até encorajam isso. Il Isso imita a dívida imobiliária antes da reforma de agosto de 2008. Os cessionários de crédito garantido (isto é, do crédito abstrato) serão protegidos, uma declaração de submissão será válida e o devedor terá o ônus de provar que o débito subjacente é inferior ao montante do crédito abstrato.

<sup>115.</sup> OLG Stuttgart, 3 de outubro de 1978, 8 W 340/78, NJW 1979, 222; Buchholz, Einreden gegen die Grundschuld (n. 48) 786-817, 786, nota 1; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten (n. 4) n. 174.

<sup>116.</sup> C. Heinze, Die abstrakte Verkehrshypothek (2011) 211 Archiv für die civilistische Praxis 106.106.

<sup>117.</sup> Heinze (n. 116) 130.

<sup>118.</sup> Heinze (n. 116) 106-151.

<sup>119.</sup> Staudinger/H. Wolfsteiner, Kommentar zum BGB (2009) § 1.113 Rn 30.

## 16. Conclusão

No século XIX, uma hipoteca independente desenvolveu-se em Mecklenburg e na Prússia. Essa independência consistia não somente na abstração da validade da obrigação subjacente para a concessão da hipoteca (princípio da abstração), mas também no abandono de uma grande parte da acessoriedade da hipoteca, restringindo as defesas do devedor hipotecário. O BGB adotou esse enfoque e codificou dois tipos de direito de garantia sobre imóveis, os quais, em relação às defesas, são não acessórios: a hipoteca negociável e a dívida imobiliária. Ambos os direitos têm em comum que aquele que concede a garantia quase nunca pode invocar as suas defesas contra um subsequente detentor do direito de garantia. A razão disso repousa na ideia de que direitos de garantia deveriam ser aptos a circular como títulos de crédito e a ser transacionados como títulos e ações. Ora, um tal mercado de certificados de hipoteca e dívida imobiliária nunca saiu do papel. A ideia de direitos de garantia transacionáveis estava baseada no antigo sistema financeiro de crédito individual, no qual investidores individuais concediam mútuos hipotecários. Era importante que tal investidor individual não corresse o risco de ser confrontado com uma defesa de que ele não podia ter conhecimento. A exclusão de defesas fazia do investimento em certificados de hipoteca e dívida imobiliária uma opção mais segura e mais barata. Como resultado, mais crédito podia ser posto à disposição por uma taxa de juros atrativa. É importante notar que o legislador de Mecklenburg advertiu que o pagamento total do débito hipotecário somente poderia ser feito contra a retransferência do certificado de hipoteca, e que pagamentos parciais deveriam ser anotados no certificado de hipoteca para criar a defesa de pagamento parcial com efeito contra terceiros. Infelizmente, no século XX, essa advertência foi desprezada. Os bancos não anotavam pagamentos parciais nos certificados de hipoteca e dívida imobiliária e, mesmo, estipulavam, em seus contratos de mútuo, que os pagamentos só reduziriam os créditos pessoais decorrentes do contrato de mútuo, e não a obrigação real formada pela dívida imobiliária, de modo que o montante da dívida imobiliária nunca decrescia.

Na época em que o BGB foi esboçado, o sistema de crédito individual havia cedido largo espaço em favor do crédito bancário. Os bancos que concediam mútuos hipotecários mantinham-nos em suas carteiras de crédito e praticamente nunca faziam uso da transferibilidade de hipotecas e dívidas imobiliárias. Somente no fim do século XX é que a transferibilidade foi usada em maior escala em transações de securitização. Quase imediatamente, contudo, surgiu o problema de que alguns compradores de dívidas imobiliárias as executavam

pelos montantes anotados nos certificados, sem levar em consideração que o débito restante, por força do contrato de mútuo, era menor. Esses compradores nem sempre estavam vinculados ao contrato de garantia.

Agora que o crédito individual deu quase que todo o espaço ao crédito bancário, os conflitos de interesses daquele que concede a garantia e do detentor do direito de garantia, relativos à confiança nas defesas, deveriam ser ponderados diferentemente: quem concede a garantia pode invocar todas as suas defesas contra um subsequente detentor de direito de garantia, como no direito escocês e em muitos outros sistemas jurídicos. Uma vez que os cessionários de créditos de hipoteca e dívidas imobiliárias normalmente detêm um grande número desses créditos, eles podem facilmente suportar o risco de que alguns créditos de hipoteca ou dívida imobiliária não sejam passíveis de execução pelo montante que eles esperavam ao tempo em que os compraram. Esse risco é comumente levado em conta ao calcular o preço de compra, mas em alguns casos o comprador pode pedir, ao vendedor, reparação de danos por descumprimento. A reforma de 2008, de fato, mudou essa ponderação de interesses ao permitir que as defesas sejam opostas contra subsequentes detentores de direitos de garantia. A reforma fez a dívida imobiliária, em seu aspecto mais importante (nomeadamente, a execução), completamente acessória, como a hipoteca de garantia. Formalmente, essa nova acessoriedade existe meramente num nível contratual (as defesas oriundas do contrato de garantia podem ser opostas a cessionários), mas isso se aproxima da acessoriedade genuína. A hipoteca negociável é o único direito de garantia que ainda é não acessório nesse aspecto. 120 Espera-se que os mutuantes não recorram a hipotecas negociáveis abstratas para circunavegar as novas regras.

<sup>120.</sup> Nem todos os autores têm opiniões positivas sobre a reforma. Wolfsteiner, por exemplo, é muito negativo: Staudinger/H. Wolfsteiner, *Kommentar zum BGB* (n. 119), Vorbem zu §§ 1.191 *et seq.* Rn 5, e § 1.192 Rn 31 *et seq. Vide* também uma notável citação de seus comentários preliminares aos §§ 1.191 *et seq* Rn 5-7: "(...) die Verwirklichung des in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts entwickelten Abstraktionsprinzips, die Trennung des Sachenrechts vom Schuldrecht, ist eine – für den Grundschuld nunmehr leider verspielte – rechtstechnische Glanzleistung des BGB, die seine Überlegenheit über alle ältere Systeme begründet und einen der seltenen echten Fortschritte im Rechtswesen markiert hat. (...) Um so unverständlicher, dass die Grundschuld nun (...) doch wieder auf die archaische Rechtsform der Hypothek reduziert, wenn nicht sogar unter derem Niveau gedrückt worden ist." ["(...) a realização do princípio de abstração, desenvolvido na ciência jurídica alemã do século XIX, a separação do direito das coisas do direito das obrigações, é uma – agora perdida, infelizmente, para a dívida imobiliária – atuação brilhante de técnica jurídica

Outra razão pela qual o BGB não fez os direitos de garantia sobre imóveis completamente acessórios foi a preservação de grau. Como, depois do adimplemento do mútuo, o direito de garantia não se extingue, mas torna-se uma dívida imobiliária de proprietário, hipotecas ou dívidas imobiliárias de grau inferior não podem ascender automaticamente em grau. Na prática, contudo, esse sistema de preservação de grau foi solapado pelos bancos e, em 1977 o legislador aceitou e codificou esse solapamento. Em consequência, nenhuma das razões para introduzir hipotecas e dívidas imobiliárias não acessórias ainda continua presente no direito alemão moderno.

## Pesquisa do Editorial

#### Veja também Doutrina

• Garantias imobiliárias, de Caroline Carvalhaes De Zorzi – RDI 73/13-84 (DTR\2012\451397).

do BGB, que constituiu a sua superioridade sobre todos os outros sistemas e marcou um dos raros progressos verdadeiros no campo jurídico. (...) É incompreensível que a dívida imobiliária agora tenha sido reduzida à arcaica forma jurídica da hipoteca, se é que não foi, até mesmo, pressionada para baixo do nível desta."].

Memória do Direito Imobiliário



# A CESSÃO DE GRAU NO DIREITO HIPOTECÁRIO BRASILEIRO

#### JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

1 – Adotou¹ o Código Civil o princípio de que o número de ordem das inscrições hipotecárias determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas (art. 833, parágrafo único).

Assim, a ordem em que são feitas as inscrições, no Registro de Imóveis, estabelece a preferência entre as hipotecas constituídas; em consequência, quitada uma hipoteca, ou cancelada uma inscrição, por qualquer motivo, automaticamente as posteriores têm a sua posição melhorada, pelo acesso de gráu.

Fiel a esse princípio, não permite o Código a "reserva de gráu", que consiste na faculdade, que se reserva o proprietário de vir a constituir uma hipoteca com preferência sôbre outra já inscrita.

Pouco importa se declare na escritura ser a garantia concedida uma segunda hipoteca; se ao se proceder à necessária inscrição, no Registro de Imóveis, não existir uma inscrição hipotecária anterior, tornar-se-á o credor titular de uma primeira hipoteca. Inversamente, embora se qualifique, no título, a garantia como sendo uma primeira hipoteca, não gozará dessa prioridade desde que já encontre, ao ser inscrita, uma hipoteca anteriormente registrada.

Por sua vez, desenvolvendo a mesma orientação, o Decreto 4.587/1939, ao disciplinar o processo de registro, deu especial relevo à data da apresentação do título. Assim, levadas duas escrituras, em dias diversos, para a inscrição, deverá prevalecer a que primeiro tenha sido apresentada (art. 209); quando apresentadas no mesmo dia prevalecerá a data da lavratura (art. 208), cabendo a prioridade a mais antiga.

Ainda mais, no intuito de afastar possíveis confusões e dúvidas, proíbe a lei o registro, no mesmo dia, de direitos reais contraditórios, sôbre o mesmo

<sup>1.</sup> Texto publicado originalmente em: *Revista de Direito Imobiliário.* v. XXVIII. n. 55. p. 3-9. Rio de Janeiro, jan.-fev. Ano X. 1957.

móvel, desde que sejam as escrituras da mesma data, salvo se determinarem a hora em que foram lavradas (art. 207), hipótese em que prevalecerá lavrada em primeiro lugar, ou será assegurada a igualdade, no caso de coincidirem. Em falta de menção à hora da lavratura, sendo assegurada prevalencia à que primeiro tenha sido apresentada (art. 209), estabelece a lei que a segunda somente será protocolada no dia imediato, a fim de assegurar, de modo nítido, a ordem de prioridade.

Domina, pois, o princípio de que é a data de apresentação ao registro que determina o número de ordem, e deste decorre a prioridade. Apresentadas duas ou mais escrituras, no mesmo dia, atende, então, a lei a outros elementos (data das escrituras ou hora de sua lavratura), mas é sempre observada a regra do art. 833 parágrafo único do CC, pois a ordem em que são registradas é que estabelece a prioridade, da qual decorre por sua vez a preferência.

Apenas em um caso abre a lei uma exceção ao sistema adotado, em atenção à vontade manifestada pelos contratantes e em proteção à boa-fé aos direitos de terceiros.

É a hipótese prevista no art. 206 do Decreto 4.857/1939, segundo o qual, apresentado um título de segunda hipoteca, com referência expressa à primeira, que não está inscrita, deve o Oficial do Registro aguardar, durante 30 dias, pela apresentação desta, para inscreve-la com a correspondente preferência, e só a seguir efetuar a inscrição da segunda hipoteca. Decorrido, porém, dito prazo, sem que tenha lugar a apresentação do título da primeira hipoteca, será o registro da segunda, que passará, em consequência, a gozar de preferência pela prioridade de inscrição.

Assim, abre a lei uma exceção ao princípio de que a ordem de apresentação deve ser observada no registro; mesmo nessa exceção, todavia, subsiste em sua plenitude o princípio do art. 833, parágrafo único do CC: o número de ordem da inscrição determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas. Para assegurar a preferência em favôr da primeira hipoteca, ainda não registrada, manda a lei que se aguarde a sua apresentação durante 30 dias, a fim de observar, na ordem de inscrição, a preferência mencionada no título, sem o que esta não será assegurada.

2 – Em face desse princípio, dominante no direito brasileiro, assume especial relevância o problema da admissibilidade da "cessão de gráu", isto é, a cessão da preferência que assiste a um credor hipotecário, em consequência da prioridade de inscrição, em favôr de outro, mas desacompanhada da cessão de crédito, que se conserva com o respectivo titular; pela cessão de gráu, pois credores hipotecários convencionam verdadeira permuta das preferências que

lhes cabem, conservando cada um o seu crédito, com todas as suas características.

Silencia o Código Civil sôbre a matéria, que está expressamente prevista no Código Alemão (§ 880).

A doutrina, porém, a exemplo do que se sucede em outros paízes, cujas legislações são igualmente omissas, tem se pronunciado no sentido de sua admissibilidade.

Assim, Afonso Fraga (Penhor, Antichrese e Hipoteca, n. 279), menciona, entre as causas de desaparecimento, para o credor, da prioridade que lhe assiste, a sua cessão, *com ou sem cessão da hipoteca*, justificando a possibilidade de ceder o credor a sua prioridade, com o esclarecimento de que "o segundo credor ou a pessôa beneficiada pela cessão virá ocupar, em relação à preferência, o lugar do primeiro, e assim não haverá quebra do princípio consagrado pelo art. 838 § único do Código Civil, pois o número de ordem da inscrição não deixará de ser o supremo regulador do direito preferencial ante a legislação pátria". (ob. cit. p. 664).

Também Tito Fulgêncio admite a cessão de gráu, apesar de omisso o Código Civil, pela necessidade de se atender no interêsse do crédito real do proprietário, circunstâncias imperiosas que podem exigir a mudança na ordem da prioridade, como no exemplo que formula, de haver um credor com hipoteca inscrita, e não permitirem os Estatutos de um Banco Hipotecário, empréstimos senão em primeira hipoteca (Direito Real de Hipoteca, p. 315-316).

A utilidade da cessão de gráu, porém, é mais ampla, pois atende a todos os casos em que se apresente a necessidade de se conceder a um novo credor, com a concordância do anterior, preferência sôbre a hipoteca já inscrita, decorra dita necessidade de uma proibição estatutária, como no exemplo de Tito Fulgêncio, ou de simples exigência do novo credor, para maior garantia de seu crédito.

Não sendo possível a "reserva de gráu", incomparável com o sistema do nosso direito hipotecário, tais casos só na cessão de gráu podem encontrar solução.

Igualmente Serpa Lopes se manifesta favorável à cessão de gráu, que estuda em particular (Tratado dos Registros Públicos – v. II, n. 336), e o faz afirmando que "no direito atual, posto que o nosso Código, como vários outros, não tenha regulado a questão da cessão de gráu, ela é unanimemente reputada válida". (ob. cit. p. 339).

Na verdade, dada a manifesta vantagem do instituto, que permite, muitas vezes, a melhor utilização do crédito real, e não havendo qualquer incompa-

tibilidade com o princípio do art. 833, parágrafo único do CC, como muito bem demonstrou Afonso Fraga, não vemos motivo para que se exclúa seu cabimento, apenas por ser omissa a lei civil, não contendo o Código dispositivo semelhante ao § 880 do Código Civil Alemão.

Na cessão de gráu, a prioridade da hipoteca, resultante da ordem de inscrição do Registro de Imóveis, será respeitada: a preferência continuará a ser assegurada à hipoteca inscrita em primeiro lugar, ou de número de ordem mais baixo. Apenas, haverá mudança na pessôa do credor, e uma permuta quanto a um dos atributos das hipotecas – o gráu de preferência.

3 – Admitida a cessão de gráu, há a examinar alguns aspectos, na sua realização.

O primeiro deles diz respeito à concordância do devedor (ou do proprietário, quando a hipoteca garantir dívida de terceiro).

No direito germânico, é expressamente exigido o consentimento do proprietário (B G B, § 880 al. 2, in fine).

Entre nós, Tito Fulgêncio declara que a cessão de gráu sòmente será possível "mediante acôrdo dos credores e *do proprietário*". (Ob. cit., p. 316).

Já Serpa Lopes, que se detém no estudo da matéria, silencia sôbre o problema, parecendo dispensar essa concordância, e realmente não nos parece necessário o consentimento do proprietário-devedor.

Assim como pode o credor ceder o seu crédito, acompanhado do acessório – a garantia real –, sem o consentimento do devedor, nada impede a cessão restrita, apenas, à preferência inherente à hipoteca.

Nenhum prejuízo, aliás, daí advirá ao devedor-proprietário, que não terá, de modo algum, agravada a sua posição.

Essa circunstância parece-nos suficiente para, na ausência de preceito legal em contrário, concluirmos no sentido da desnecessidade da concordância do proprietário, que não é parte da "cessão de gráu".

4 – Por outro lado, em virtude de um princípio geral de direito, a cessão gráu não poderá, jamais, prejudicar os outros credores.

É consequência do princípio de que "res inter alios acta nec nocet prodest", reafirmado, no particular, desnecessàriamente, pelo § 880 al. 5 do Código Alemão, quanto aos credores intermediários, quando as hipotecas cujas preferências são permutadas não estão colocadas imediata e sucessivamente, havendo entre ambas outras hipotecas inscritas. Evidentemente, os titulares dessas outras hipotecas, alheios à cessão, não poderão sofrer qualquer prejuízo.

Na cessão de gráu muda-se, apenas, a pessôa do credor, e como acentúa Serpa Lopes (Ob. cit., p. 340), não pode implicar em aumento da dívida que passa a gozar da preferência cedida.

A afirmativa pode, ainda, ser levada mais longe, pois a cessão de gráu não poderá implicar em maiores ônus para terceiros, nem tornar mais desfavorável a posição dos credores intermediários, embora mantido o valôr do débito.

Assim, por exemplo, diante do que estabelece o art. 813 do CC, quanto à impossibilidade de vir a ser executado o imóvel hipotecado, por outros credores, em prejuízo da preferência concedida a uma hipoteca ainda não vencida, fica afastada a possibilidade da cessão de gráu, quando, havendo credores intermediários, o prazo de vencimento da hipoteca, em favôr da qual seria cedida a preferência, é mais dilatado.

5 – Por último, há a examinar a forma pela qual deve ser feito o registro da cessão de gráu.

Sustenta Tito Fulgêncio que "Omisso o nosso Código, a inversão na ordem sòmente se pode operar pelo expedimente do cancelamento da instrição anterior". (Ob. cit., p. 316).

Em sentido contrário se manifesta Serpa Lopes, que considera suficiente simples averbação, *in verbis*:

"Essa cessão de gráu deve ser averbada no Registro de Imóveis, do mesmo modo que a cessão do crédito hipotecário, obedecendo-se ao mesmo critério que já expendemos a propósito desta última, quanto às questões que possam surgir no caso de haver mais de uma cessão de gráu". (Ob. cit., p. 340).

Tivemos, em trabalho anterior, oportunidade de sustentar o ponto de vista defendido por Tito Fulgêncio como o que melhor se coaduna com os princípios do nosso direito imobiliário.

Melhor examinado a matéria, porém, não vemos necessidade de se proceder ao cancelamento da inscrição, cuja preferência é cedida, seguida de novo registro do título respectivo, de forma a corresponder à ordem das inscrições às prioridades decorrentes da cessão.

A inscrição hipotecária, no caso de cessão de gráu, pode subsistir, sem qualquer inconveniente, bastando que nela se averbe a cessão feita, com o que a preferência, por ela assegurada, passará a beneficiar o cessionário; a inscrição e a preferência continuam em vigor, sendo averbada a mudança verificada na pessôa do credor.

A questão, aliás, não é destituída de interêsse prático, pois a prevalecer a necessidade do cancelamento da inscrição, cuja preferência foi cedida, necessária

seria, no caso de existência de credores intermediários, a sua concordância, pois também essas hipotecas, não atingidas pela cessão, teriam que ser canceladas e novamente inscritas, assegurada a ordem de preferência de que gozavam antes da cessão.

A adotar a simples providência da averbação, defendida por Serpa Lopes, fica o problema simplificado, e desnecessária será a concordância dos credores intermediários.

Essa vantagem, aliada à inexistência de obstáculo de ordem jurídica, no procedimento referido, perfeitamente compatível com os princípios do nosso direito imobiliário, e em especial, com o art. 883, parágrafo único do CC, justificam perfeitamente o registro da cessão de gráu, mediante simples averbação, nas inscrições hipotecárias por ela atingidas.

## Pesquisa do Editorial

## Veja também Doutrina

• Hipoteca: natureza e registro, de José Renato Nalini e Ricardo Dip – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/595 (DTR\2012\450515).

Trabalhos Forenses



# Manifestações com relação ao pedido de providências (Processo 1000695-68.2016.8.26.0456)

#### Izaías Gomes Ferro Júnior

Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Pirapozinho/SP. izaiasjr@cartorioferro.com.br

Processo 1000695-68.2016.8.26.0456

Vara Correicional de Pirapozinho.

Suscitante: Josiane de Souza Ulian e outro.

Suscitado: Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Pirapozinho.

Procedimento Comum

MM. Juiz:

Izaías Gomes Ferro Júnior, Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Pirapozinho/SP, no uso de suas atribuições legais, vem pelo presente, manifestar-se com relação ao Pedido de Providências recebida por esta serventia em 20 de junho de 2016, aduzindo os motivos que pretensamente negaram registro, ou mesmo o registro já realizado:

### 1. Do histórico do título e matrícula aberta nesta Comarca

Foi apresentado título de domínio expedido pelo Município de Pirapozinho, a esta serventia protocolado sob n. 11.473 de 19.04.2013, e aberta a matrícula \*\*\*\* desta serventia registral imobiliária. Objetivou tal prenotação a abertura da matrícula, bem como retificar a área com a nova descrição feita pela municipalidade/ITESP (Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva) e sanear a dominialidade matricial. Tal saneamento matricial ocorre, principalmente, para titular atualmente às pessoas que tem novos títulos e transferências, obedecidas a cadeia dominial.

Com efeito, foi realizada tal abertura e como as titulares do título de domínio já eram as mesmas proprietárias que constavam na matrícula anterior, ou seja, \*\*\*\*\* da 1ª Circunscrição Imobiliária da Comarca de Presidente Prudente, transportaram-se os registros/averbações passíveis de surtirem efeitos ainda sobre a dominialidade, descritas na Av1 da nova matrícula (\*\*\*\*, desta serventia), quais sejam, os itens I a IX.

Tais transportes demonstram toda a complexidade de execução pelo Banco do Brasil que vem publicizada na matrícula aberta na comarca anterior, apenas em 03.12.2004 (item V, VI), pela fazenda nacional igualmente publicizada em 18.07.2006 (item VII) e principalmente a declaração de ineficácia de alienação expedida pelo juízo trabalhista, publicizada em 15.10.2009 (item VIII) e penhora pelo mesmo Juízo e mandado (item IX).

Como se não bastasse, tais gravames continuaram a reverberar seus efeitos, tanto que a averbação sob n. 04 foi transportada novamente, pois averbada na comarca anterior e foi cancelada, bem como a Averbação sob n. 05 e 07, ou seja, produziram efeitos jurídicos dentro das execuções respectivas, e se assim não fosse, não seriam necessários seus cancelamentos. Ressalta-se que os cumprimentos de tais averbações obedeceram aos princípios registrais, especialmente a disponibilidade e continuidade como se verá adiante, pois este Registrador só cancela penhoras oriundas da arrematação ou adjudicação, por ressonância, isto é, com o mesmo número de processo, sem precisar expressamente o juízo expedi-la. As demais, sempre com determinação direta ao oficial. Não há como o oficial retirá-la do fólio real sem uma ordem do juízo competente, ou mesmo do juízo da arrematação, o mesmo acontece com os *títulos de domínio* registrados/averbados como aquisição originária oriunda de posse (ato de registro) ou mesmo de espécie de regularização fundiária, oriunda de matrícula previamente aberta com sua titularidade previamente determinada.

Anexo a esta manifestação histórico do que efetivamente ocorreu com todos os passos das aquisições pretéritas até a data de 20 de maio de 1997, início da reclamação trabalhista (anexo I), que com certeza trará luzes aos fatos extraneus a este procedimento. Ressalte-se que a petição das requerentes informa (fls. 4) que pagaram duas vezes pelo imóvel, o que não ocorreu, pois, a municipalidade outorga os títulos quase que gratuitamente, exceto as taxas municipais que não alcançam tais valores.

Se não bastasse, o título foi expedido em 10 de julho de 2006 e só protocolado em 19 de abril de 2013. Um lapso de regularização, como querem as requerentes, de quase sete anos. Fato este a ser analisado por V. Exa.

### 2. Dos princípios registrais

As normas jurídicas, doutrinariamente, é o grande gênero, dentro do qual os princípios e as regras são espécies. As regras são dispositivos postos, concretos, inseridos na legislação. Os princípios são normas finalísticas. Sua concretização estabelece menor determinação de qual será o comportamento devido e que, por isso, dependem da relação com outras normas e atos institucio-

nalmente legitimados de interpretação, para determinar a conduta devida. A violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma *lato sensu*, constituindo a mais grave forma de ilegalidade, por simbolizar nítida contrariedade a todo ordenamento jurídico. Os princípios, quando positivados, ganham carga normativa em decorrência de sua relevância, reconhecida pelo legislador, quer seja constitucional ou ordinário. A normatização principiológica atua como "válvula de escape", e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir a ineficácia normo-jurídica, um vazio normativo.

Os Princípios Registrais Imobiliários não fogem a mesma análise. Ou seja, não há como se olvidar que em matéria de Direito Registral Imobiliário, há forte base principiológica, e esta é fortemente arraigada na legislação, doutrina e jurisprudência pátria e estrangeira.

O princípio registral aqui analisado é o da CONTINUIDADE. Não pode, numa sociedade com forte crença no mesmo feri-lo. Está arraigado no imaginário popular (além da fé pública registral). Não nos furtamos a nos socorrer mais uma vez do "velho", porem impar magistério de Afrânio de Carvalho (*in* Registro de Imóveis, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, p 253):

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

Note que este Oficial tem, por certo, a clara noção da diferença entre as aquisições originárias e derivadas, mas se permitiu trazer a lição do mestre Afrânio para ilustrar o que posteriormente pretenderá demonstrar. É certo que a doutrina especializada prescreve que a qualificação registraria para os títulos de aquisição originária hão de ser mitigadas, pois é da natureza destes títulos em seu ingresso, pois não cria direito, apenas o declara.

Afrânio de Carvalho prossegue (p. 253):

"Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transforma-lo no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. *Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público (grifo nosso)*."

A confiança no sistema registral brasileiro é sabidamente reconhecida internacionalmente, justamente pelo emaranhado principiológico que estão agasalhados pela Segurança Jurídica, fazendo do Brasil um modelo de registrabilidade da propriedade imobiliária. É oportuno consignar que países como Alemanha, Áustria, Norte da Itália (região de Milão e todo o norte Italiano), Espanha, China, Rússia (e países oriundos da extinta União Soviética), e até mesmo a Venezuela, com o fito de reconhecer direitos decorrentes da propriedade privada, estão em relação muito próxima ao modelo existente no Brasil. A confiança nos assentos registrais imobiliários não decorre apenas do arcabouço legislativo1 (que se traduzem em princípios registrais-legais), que ao longo da história os instituíram e ainda os estão instituindo, mas igualmente na base principiológica doutrinária<sup>2</sup> e dos provimentos das Corregedorias dos Tribunais de Justiça, principalmente do Estado se São Paulo. Os históricos registros dominiais existentes no Pontal do Paranapanema, em especial na 10<sup>a</sup> Região Administrativa do Estado<sup>3</sup> em suas 20 comarcas são respeitados pela população em geral.

<sup>1.</sup> Princípio da Unitariedade da Matrícula. arts. 176, § 1.°, I; 227 e 228, LRP. Princípio da Constitutividade ou Eficácia. Art. 1225 CC. Princípio da Inscrição. Princípio da Especialidade Objetiva – art. 176, § 1.°, II e III, LRP. Especialidade Subjetiva. Princípio da Legalidade e qualificação registral – art. 172 LRP. Princípio da Presunção ou força probante – arts. 252, LRP e 1.247, CC. Princípio da Continuidade – arts. 195 e 237, LRP. Princípio da Instância – Art. 13, LRP. Princípio da Prioridade. Art. 186, LRP. Princípio da Obrigatoriedade – art. 169, caput, LRP. Princípio da Retificação – arts. 212 a 214, LRP. Princípio da Fé pública – arts. 252, LRP e 3.° LNR. Princípio da Disponibilidade – art. 172, LRP. Princípio da Tipicidade – Numerus clausus – arts. 172 e 221, LRP. Princípio da Concentração – arts. 167 e 246, LRP. Princípio da Publicidade – art. 17, LRP. Princípio da Territorialidade – art. 169, LRP. Princípio da não sucedaneidade dos órgãos – arts. 2.°, LRP. e 5.°, LNR. Princípio do não saneamento ou legitimação registral – art. 252, LRP. Princípio da Conservação. art. 3.° LNR (segurança).

<sup>2.</sup> Princípio da Responsabilidade do Oficial. Princípio da Cindibilidade do título. Princípio da Titularidade, dentre outros.

<sup>3.</sup> Municípios eu compõem a 10ª Região Administrativa do Estado de São Paulo: Adamantina, Alfredo Marcondes, Álvares Machado, Anhumas, Caiabu, Caiuá, Dracena, Emilianópolis, Estrela do Norte, Euclides da Cunha Paulista, Flora Rica, Flórida Paulista, Iepê, Indiana, Inúbia Paulista, Irapuru, Junqueirópolis, Lucélia, Marabá Paulista, Mariápolis, Martinópolis, Mirante do Paranapanema, Monte Castelo, Nantes, Narandiba, Nova Guataporanga, Osvaldo Cruz, Ouro Verde, Pacaembu, Panorama, Paulicéia, Piquerobi, Pirapozinho, Pracinha, Presidente Bernardes, Presidente Epitácio, Presidente Prudente, Presidente Venceslau, Rancharia, Regente Feijó, Ribeirão dos Índios, Rosana, Sagres, Salmourão, Sandovalina, Santa Mercedes, Santo Anastácio, Santo Expedito,

### 3. Das terras devolutas

O tema "Terras Devolutas" nos fez pesquisar diversos autores, como Helio Novoa (Discriminação de Terras Devolutas, São Paulo: LEUD, 2000); Germano Resende Forster (A Privatização das Terras Rurais, 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2003); Ângela Silva (Terras Devolutas, Revista de Direito Imobiliário, 14/42, São Paulo: Ed. RT, jul.-dez., 1984); Carlos Maximiliano e Gabriel de Rezende Filho (Bens Públicos Patrimoniais, Terras Devolutas, Escritura Particular. Revista dos Tribunais, 175/488, São Paulo, set. 1948); Vito José Guglielmi (As Terras Devolutas e o seu Registro, Revista de Direito Imobiliário, 29/86, Ed. RT, São Paulo, jan.-jun., 1992) e Luciano de Souza Godoy (Direito Agrário Constitucional – O Regime da Propriedade, 2. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1999). Passa-se, a seguir, a definir terras devolutas, para melhor compreender o tema levantado pelo estudioso advogado.

### 3.1. Definição de terras devolutas

### 3.1.1. Definição legal

Esta manifestação, trará inicialmente a definição legal, dada pela Lei de Terras, Lei 601/1850, para logo após percorrer brevemente definições doutrinárias. A partir desta lei do século XIX, muito se falou e comentou neste mais de século e meio de discussões a respeito, e a doutrina, agrarista, administrativista ou mesmo civilista, ainda hoje, discute e encontra variantes definições que se passará a analisar.

A própria Lei 601/1850 em seu art. 3.°, § 1.° as define:

- "Art. 3º São terras devolutas:
- § 1º As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.
- § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

São João do Pau D'alho, Taciba, Tarabai, *Teodoro Sampaio e Tupi Paulista* (grifadas as comarcas).

- § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apezar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.
- § 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apezar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei."

Resumidamente, na época do Império, entendia-se como devoluta a gleba que não estivesse sendo empregada em algum uso público ou particular, não possuindo título legítimo de posse ou propriedade.

### 3.1.2. Definições doutrinárias

Entre as definições encontradas sobre Terras Devolutas, a de Paulo Garcia (*Terras Devolutas*, Edição da Livraria Oscar Nicolai, Belo Horizonte, 1958, p. 156) foi a mais abrangente, lecionando-nos:

"Em sentido genérico, terras devolutas são as que integram o patrimônio dos Estados, como bens dominiais. Em sentido restrito, são as terras que, tendo passado do domínio dos Estados, por força do artigo 64, da Constituição de 1891, não se achavam, em 1850, no domínio particular nem haviam sido objeto de posse por qualquer do povo."

E prossegue (p. 157):

"Significado Jurídico.

Ao que tudo indica, o conceito etimológico é o que mais se adapta ao conceito jurídico de terras devolutas (Vazio, desocupado, sem dono – do latim *devolvere*) – pedir a transferência para si de um benefício vago".

Ao final conceitua como terras devolutas:

"a) as terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal; b) as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850; c) as que não estão no domínio de um particular, em virtude de um título legítimo. (...) O que deve imperar sobre o assunto é a legislação anterior à Constituição de 1891. O que passou par ao domínio dos Estados, foram as terras devolutas. E, para sabermos quais eram estas terras, temos que nos reportar à legislação antiga".

O ilustre e estudioso Magistrado mineiro, acostumado com a lide diária do tema "Direito Agrário", bem nos lecionou sobre o assunto, e, tem-se importante lição a ser tirada de seu magistério, em especial seu conceito.

Diversos outros autores tratam muito bem o tema, delineando o instituto com brilhantes abordagens. Celso Antônio Bandeira de Mello define terras devolutas:

"...como sendo as que dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo." (MELLO, 2013, p. 938).

José dos Santos Carvalho Filho conceitua terras devolutas como "as áreas que, integrando o patrimônio das pessoas federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas". Prossegue o autor, "em outras palavras, trata-se de áreas sem utilização, nas quais não se desempenha qualquer serviço administrativo, ou seja, não ostentam serventia para o poder público." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1223).

Marçal Justen Filho, com sua percuciência peculiar, ensina que: "a Lei de Terras fundou-se no pressuposto de que os imóveis em situação jurídica regular encontravam-se sob titularidade (ainda que fática) do Poder Público ou sob a titularidade formal de um sujeito privado. Todas as demais áreas imóveis eram "devolutas" e passaram a ser consideradas como públicas" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1163).

Prossegue ensinando o autor:

"A terra devoluta era definida por um critério de exclusão. Seriam consideradas terras devolutas todos os imóveis que não estivessem (a) afetados (ainda que faticamente) à satisfação de interesses nacionais, provinciais ou municipais ou (b) na posse privada. Em outras palavras, todas as terras do território brasileiro eram consideradas devolutas, *excluídas* aquelas que fossem qualificadas como bens públicos ou bens privados" (*grifo do autor*) (JUSTEN FILHO, 2014, p.1164).

Entre os novos administrativistas, destacam-se pelo didatismo de suas obras Wander Garcia e Dirley da Cunha Júnior.

Wander Garcia assim leciona:

"Terras devolutas são as terras vazias, sem proprietário ou não afetadas a nada, representando bem disponível estatal (art. 5º do Decreto-lei 9.760/1946). As da União são voltadas à preservação ambiental e defesa das fronteiras, fortificações e vias federais de comunicação, definidas em lei (art. 20, II da CF). São dos Estados as que não forem da União e dos Municípios as atribuídas por aqueles às edilidades." (GARCIA, 2014).

Já o professor Dirley da Cunha Júnior assevera:

"É necessário, para compreender o conceito de terras devolutas, estabelecer-se uma distinção entre terras públicas (*lato sensu* e *stricto sensu*) e terras de-

volutas. Isoladamente tomada, a expressão *terras públicas* é gênero. É o que se pode chamar de terras públicas *lato sensu*." (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 415).

O professor Dirley da Cunha Júnior bem leciona sobre as duas espécies de terras públicas *lato sensu*, ou seja, divide-as em terras devolutas e terras públicas *stricto sensu*. Cria dentro do mesmo gênero a diferenciação entre as terras públicas, justificando o art. 188 da CF, dizendo que ali quis o legislador constituinte dizer que as terras públicas seriam *stricto sensu*. E por fim as define:

"... terras devolutas são terras públicas *lato sensu*, indeterminadas ou determináveis sem nenhuma utilização pública específica e que não se encontram, por qualquer título, integradas ao domínio privado. Quando determinadas via ação discriminatória, passa a ser terras públicas *stricto sensu*." (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 416).

Pontua situações que outros autores não exemplificam, como as terras que não foram objeto de concessão aos donatários das Capitanias Hereditárias, nem as terras conquistadas após o fim do regime sesmarial, ou seja, terras adquiridas pelo Brasil, como o território do Acre,<sup>4</sup> que não poderiam ser tidas como devolutas, pois não foram devolvidas à Coroa Portuguesa.

Não será objeto desta, discorrer sobre uma análise profunda sobre a teoria desenvolvida pela doutrina e jurisprudência pátria sobre as "Terras Devolutas", mas mesmo que superficialmente, tenta-se trazer outras facetas a serem observadas sobre este intrigante tema. Esta manifestação trará outras facetas a serem observadas sobre o tema e o equívoco que o nobre advogado se baseou.

### 3.2. Origem das terras devolutas

O regime de terras públicas brasileiras sofreu várias mutações desde a "descoberta" do Brasil e tem sua natural origem no sistema fundiário português. O chamado direito de conquista, que vigorava a época, deu aos portugueses o direito de domínio sobre as novas terras apossadas.

Terras devolutas são os bens imóveis qualificados, à época da Lei 601/1850, como públicos. Estes bens não se encontravam afetados ao uso estatal, pois se

<sup>4.</sup> Tratado de Petrópolis, firmado em 17 de novembro de 1903 na cidade brasileira Petrópolis, que formalizou a incorporação do Acre ao território brasileiro. Com esse acordo, o Brasil pagou à Bolívia a quantia de 2 milhões de libras esterlinas e indenizou o Bolivian Syndicate em 110 mil libras esterlinas pela rescisão do contrato de arrendamento, firmado em 1901 com o governo boliviano. Em contrapartida, cedia algumas terras no Amazonas e comprometia-se a construir a Estrada de Ferro Madeira-Mamoré para escoar a produção boliviana pelo rio Amazonas. In: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado\_de\_Petr%C3%B3polis]. Acesso em: 27.06.2016.

assim fosse seriam bens de uso especial. Trata-se de instituto genuinamente brasileiro, tanto em sua conceituação originária, como em seu desenvolvimento, hoje já centenário.

José Edgard Penna Amorim Pereira disseca o assunto e em sua pesquisa, leciona que a conquista do território brasileiro, inicialmente pelos portugueses, foi marcada por dois aspectos que não se confundem: o diplomático e o do descobrimento com sua ocupação. O diplomático, diz constituir uma praxe entre os países comunicarem as descobertas ao papado para fins de confirmação. As bulas papais, como a *Inter Coetera*, e o Tratado de Tordesilhas, este último verdadeiramente chamado de "Capitulación de la Repartición del Mar Oceano", já repartiriam entre portugueses e espanhóis o que, em tese, não havia sido ainda descoberto. Por certo que mesmo naquela época, outras nações não concordaram com esta divisão entre duas nações apenas, tendo o Rei Francês, Francisco I, reclamado sua não inclusão (PEREIRA, 2003, p. 17).

Para o STF, "havendo conflito entre a alegação do particular de que possui o domínio sobre determinada área e a do Estado de que a terras é devoluta, deve-se aplicar a presunção *juris tantum* (relativa) em favor da propriedade pública. Essa presunção só de ser afastada se o particular provar que a terra foi adquirida por meio de título legítimo" (RE 285.615 e RE 72.020). Salienta-se que, nestes Recursos Especiais, o vetor que o Supremo Tribunal Federal diccionou, foi baseado na tradicional doutrina sempre empregada e nada inovou, ou seja, cristalizada, porém apartada da moderna leitura que a função social da propriedade estatal há de impor neste século XXI.

Há que se lembrar de voto do eminente Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário 86.234, em moderna leitura, já naquela época, que assevera:

"Os Bens do Estado, se não receberem destino, nem exerce o Estado o direito que tem, ficam devolutos. Não se deve, porém, porque se dilataria, atecnicamente, o conceito, dizer que o dono do prédio que se ausenta do deixa devoluto. Pode ele renunciar à propriedade (art. 589, II – *do CC/16*) abandoná-la (art. 589, III *do CC/16*), ou perder a posse própria. Nenhum desses atos faz devoluta, em sentido estrito e exato, a terra. A renúncia fá-la adéspota, sem dono. O abandono põe-se em situação que se descreve no art. 589, § 2º. A terra devoluta de que cogitava a Lei 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3º, não era sem dono: era terra pública (=do Estado) a que o Estado podia dar destino. Se a terra não é pública, não é devoluta no sentido da Lei 601, de 18 de setembro de 1.850, ou do Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1.854. É terra sem dono. Terra que se adquire por usucapião de dez anos, ou vinte anos, ou por usucapião de trinta anos, conforme os princípios."

O Ministro leciona que a solução não é simples. Cita que o Dec.-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, admitiu a usucapião das terras devolutas, mas o mesmo decreto no art. 200 a excepciona, não sendo possível sobre os imóveis da União. Prossegue:

"A concepção de que ao Príncipe toca ao que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares, ou do Estado, ou *nullius*. Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido preciso do art. 529, III. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil (*de 1916*), ao Estado se devolvia. A expressão "devolutas", acompanhado "terras", a esse fato se refere. O que não foi devolvido não é devoluto. Pertence ao particular, ou ao Estado, ou a ninguém pertence. Quanto às terras que a ninguém pertence e sobre as quais ninguém tem poder, o Estado – como qualquer outra pessoa física ou jurídica – delas pode tomar posse. Então, é possuidor sem ser dono. Não foi a essas terras que se referiu a Lei 601, de 18 de setembro de 1.850, art. 3º, tanto assim que se permitia a usucapião das terras não apropriadas."

Conclui o Ministro, em seu voto, com a assertiva de que o § 2.º do art. 3.º da Lei 601/1850 apenas "definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda terra que não seja particular é pública, havendo presunção *iuris tantum* de que as terras são públicas".

Tem-se com estas brilhantes considerações do Ministro Moreira Alves, apoiado fortemente nas lições de Pontes de Miranda, diferenciações sobre bens do Estado, em suas palavras, que naquela oportunidade fez analogia com as terras públicas, introduzindo as *res nullius* como um terceiro gênero. Esta manifestação aborda brevemente tais diferenciações com o escopo de atingir a prescritibilidade das terras devolutas.

## 4. A IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA E A TITULAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS DISCRIMINADAS

A falta de registro junto ao Registro de Imóveis competente de um imóvel não gera presunção que se trata de terras públicas. Embora exista divergência doutrinária a respeito de como provar a titularidade de terras devolutas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento da Lei 6.383/1976, vem entendendo que cabe ao ente público provar, através da ação discriminatória, a propriedade das terras devolutas (RE 285.615, Rel. Min. Celso de Mello e TJ do Rio Grande do Norte – Apelação Cível 2010.007766-2).

E o *registro* como terra devoluta, por seu turno, não a torna imune às ações pretéritas sem análise do ocorrido. Fatos estes que levam a falta de certeza da regularidade predial e a sua utilização como pretensa ferramenta na regularização fundiária. A higidez dos assentos registrais imobiliários infunde confiabilidade ao título e ao "documento" que as pessoas têm em mãos, pois foram em cada serviço registral imobiliário, registrados. A sociedade se vale do que ali está assentado para suas relações econômicas, e o crédito é fomentado baseado no fólio real.

A irregularidade fundiária do solo brasileiro é fruto da desordem em sua ocupação e, principalmente, baseia-se na inação estatal em ordená-la de forma sustentável, perene, ordeira e, principalmente voltada a fixação do homem no campo, com segurança jurídica. No Estado de São Paulo ocorre fato semelhante. O Pontal do Paranapanema, situado na 10ª região administrativa⁵ do Estado é um caso emblemático neste arcabouço de irregularidade gerada pela falta de ação do Estado no começo do século XX, situação que traz consequências até hoje.⁶ Estas situações geram embaraços econômicos de forma que, quem perde, além dos cidadãos, é o próprio Estado que não cumpre seu papel de promover a economia na região, perpetuando a defasada e discrepante situação sócio-econômica comparada com as outras regiões bandeirantes.

### 5. Fim utilitarista do registro

Os Registradores Imobiliários pátrios ultrapassaram a preocupação jurídica-formalista inicial com o advento da Lei 6.015/1973 em suas quatro primeiras décadas de publicação, para se amoldar a um sentido sócio-econômico-jurídico atual. Deve-se, principalmente ao fato da publicação da Lei Federal de Regularização Fundiária (Lei 11.977/2009) e as regulamentações infralegais trazidas pelas diversas Corregedorias Gerais de Justiça de diversos Estados. O Estado de São Paulo, por exemplo, ao regulamentar a situação dos imóveis rurais do Pontal do Paranapanema especificamente na 10ª Região Administrativa do Estado, com o Provimento CG 13/2013. E, ao final de 2013, a Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado, corrobora com

<sup>5.</sup> Região sudoeste paulista formada por 53 municípios com população de quase 1 milhão de habitantes em uma região de 23.779,11 (km2), cuja cidade sede é Presidente Prudente.

<sup>6.</sup> No final do século XIX todo o oeste paulista estava à margem da regularidade dominial, sendo chamado de "terrenos despovoados", quando já haviam diversos núcleos habitacionais estabelecidos e fazendas produtivas.

a regularização fundiária através do Provimento CG 21 de forma ampla, municiando o Registrador Imobiliário Paulista de instrumentos jurídicos antes não colocados ao seu dispor. Enfim, o Registrador encontrou mecanismo jurídico apto a exercer sua função social, além do formalismo extremo que sempre o caracterizou.

A situação do Pontal do Paranapanema do Estado de São Paulo e de todas as Ações Discriminatórias interpostas na região, quer com trânsito em julgado favorável ao Estado ou não, quer ainda em andamento, encontra-se indefinida até o momento em relação aos imóveis rurais. Há pouquíssimos registros de legitimações de posse em imóveis rurais outorgando títulos definitivos aos atingidos pelas discriminatórias. Na comarca de Pirapozinho, onde este Oficial atua, o Estado de São Paulo, se titularizou, não houve sequer um título de imóvel rural ao menos registrado, além do raio de 8 Km, cuja competência é do Estado e não do Município. Fato é que dentro do raio de 8 Km tem-se a expedição de milhares de títulos, e várias centenas foram registrados.

Destacam-se, portanto, duas correntes sobre o tema. A primeira, a tradicional e majoritária, baseando-se na ação discriminatória, como originadoras de terras do Estado, como terras devolutas, iniciais, originárias, devendo cancelar todas as matrículas que colidam com estas. Corrente capitaneada por inúmeros doutrinadores, como o Eminente Desembargador Paulista Vito José Guglielmi, Hélio Nóvoa, Germano Rezende, e em parte por Paulo Garcia, Luciano Godoy e Ângela Silva.

A segunda corrente, moderna, porém minoritária ainda, capitaneada pelo Eminente Desembargador Paulista Ricardo Henry Marques Dip, reconhece que as ações discriminatórias tem como pressuposto a legitimação de posse, como modo derivado de aquisição onde os possuidores, detentores de matrículas/ transcrições são alçados a condição de proprietários tabulares, tendo o Estado a obrigação de titular tais imóveis a quem é possuidor ou proprietário tabular com posse, não extirpando as obrigações reais, constrições de todo o tipo, já inscritas no fólio real (Processo CGJ. Data do julgamento 14.03.1986. Fonte 71939/1984. Localidade: Presidente Epitácio. Relator: Ricardo Henry Marques Dip). Ângela Silva, Arruda Alvim e Paulo Garcia curvam-se a esta corrente ao reconhecer a usucapião possível mesmo em terras devolutas. Já Luciano Godoy curva-se ao problema de se procurar o desenvolvimento sustentado para as terras devolutas. Dom Fernando P. Méndez González analisa o registro pelo viés jus-econômico. Os sistemas tedesco e espanhol ao lado do brasileiro sofrem significativas mudanças nesta década de 2010, transformando o direito registral imobiliário não mais em um fim em si mesmo, mas em meio para se chegar a um fim social, assegurando segurança jurídica aos titulares tabulares. As recentes decisões da Corregedoria Geral de Justiça, na gestão 2012-2013, assim corroboram com o aqui exposto. Não é demais lembrar que a processualística civil acaba de passar por semelhante processo, instrumentalizando-o, e não o ultimando como um fim em si mesmo.

Correta ao nosso sentir, portanto, a segunda corrente, numa abordagem jus-econômica do problema, pois direito e economia na seara registral têm o mesmo objeto de estudo, ou seja, teleologicamente o aproveitamento do fato social, do justo, a evitar menores danos aliada a segurança jurídica.

## 6. Da segurança jurídica

Repetiremos o dito em manifestação de dúvida anteriormente citada: "O procedimento de expedir títulos de domínio para o correto ingresso neste fólio real de títulos sãos, é louvável, desejável, e porque não dizer, necessário ao saneamento da situação fundiária urbana deste município. É este o objetivo deste Oficial".

O ilustre advogado apregoa que haveria insegurança jurídica com a pretensa atuação deste oficial. Engana-se. O fato valer-se de intentar ação de "Reclamação/Pedido de Providência" denota o desconhecimento da seara registral imobiliária, tal qual este Oficial desconhece a correta processualística civil, por não ser sua lide diária.

Há que se exigir do arrematante/adjudicante os cancelamentos das penhoras, gravames outros como hipotecas, ou indisponibilidades, para deixar a matrícula sem ônus ou dúvidas para o leitor não afeito as práticas registrais.

Não seria portanto, neste momento, com dominialidade definida, que haveria o "divórcio" do direito obrigacional que se vale do acessório para lhe melhor garantir, que são as garantias reais, prejudicando sobremaneira o popular que acredita que aquele ônus e ou seu direito registrado, houvesse de ser extirpado do mundo jurídico por mecanismo desconhecido por ele, por ato que beira a "mágica jurídica" levando todos a buscar guarida junto ao Poder Judiciário, para soluções que formal e materialmente estavam muito bem resguardadas com registros anteriores, que, se oriundos de relações privadas, como por exemplo, hipotecas comuns ou cedulares, bem qualificadas, eram e são respeitadas e regularmente pagas e canceladas no fólio real. Ou ainda se oriundas de relações obrigacionais que, impostas judicialmente, igualmente bem qualificadas e publicizadas na matrícula imobiliária, como as penhoras, e ineficácias de registros e ou averbações, levaria a serem extirpadas da fenomenologia registral imobiliária, pelo registro nas terras devolutas de seus títulos de domínio.

Há que ser analisado por V. Exa. o lapso temporal entre a expedição do título e seu efetivo ingresso na serventia registral imobiliária. Note-se que na matrícula oriunda da comarca de Presidente Prudente há ainda um agravante: são as três averbações, transportadas para a matrícula \*\*\*\*, posteriores, a expedição do título. Ocultar um direito real em nosso sistema pátrio, leva a insegurança, mesmo no caso de terras devolutas e baseado na decisão que V. Exa. proferiu, que foi examinada e este Oficial trouxe, principalmente, os fundamentos aplicados ao caso em tela.

## 7. Da decisão da corregedoria permanente da Comarca de Pirapozinho

No Processo 03/2010 a corregedoria permanente desta comarca assim se manifestou sobre a titularização dos títulos oriundos de matrículas previamente abertas insertas no perímetro averbado em procedimento discriminatório:

"...Como se depreende da decisão supra, 'em relação ao registro pretérito, a solução que se indica é a averbação – à margem da transcrição ou matrícula – da circunstância de haver o imóvel sido objeto de ação discriminatória definitivamente julgada, e registrado sob o número que vier a caber à nova matrícula decorrente do destaque. Não se alteram ou transportam, assim os ônus ou direitos outros eventualmente inscritos nos registros pretéritos, nem se prejudica a possibilidade de os interessados se socorrerem da via judicial para composição de eventuais divergências" (grifo no original).

Contudo, como consta na sentença de fls. 14, a solução não se aplica aos casos em que ocorre a readequação da origem da aquisição, quando os ônus devem ser preservados. (grifo nosso).

Igualmente, a 4ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente, no feito 1.464/2008, em idêntica situação assim sentenciou, quando ainda não havia sido instalada a Serventia Registral Imobiliária da Comarca de Pirapozinho em 2008, fato este que ocorreu apenas em 25 de novembro de 2009:

- "a) outorga de títulos legitimadores do domínio à pessoa em nome da qual já se encontra transcrito ou registrado o imóvel (grifo no original).
- (...) Ademais, no tocante aos imóveis rurais, o cancelamento dos registros anteriores importaria nos dos cadastros do Incra, necessários ao exercício da atividade econômica dos produtores, causando gravames absolutamente incompatíveis com a finalidade buscada pelo próprio poder público.

Há de se preservar ainda os ônus reais que recaírem sobre os imóveis, visto que a simples readequação da origem de aquisição não deve afetar interesses de terceiros (grifo nosso).

Ademais, tem-se na situação em tela, hipótese de convalidação do domínio sem vícios, o que confirma a viabilidade de se *preservar os ônus reais que sobre ele recaírem* (grifo nosso).

Portanto, este Oficial apenas cumpriu o que foi previamente determinado por seu Juiz Corregedor Permanente. Não teria como agir diferente. Age de forma a trazer segurança ao difícil tema que são os registros dos títulos de domínio em perímetros averbados em ações discriminatórias já transitadas em julgado. Importante enfatizar as seguidas decisões desta corregedoria permanente ao deixar as matrículas previamente abertas dentro do perímetro devoluto em não as cancelar, vez que, centenariamente, há a circulação da riqueza conforme dito antes.

### 8. Conclusões

A análise do anteriormente exposto, leva concluir em direção e sentido unívoco. O princípio da legalidade foi observado e aplicado. Este oficial observou fielmente a principiologia registral imobiliária de forma a preservar a segurança jurídica do registrado em sua serventia. Observou a decisão de sua Corregedoria Permanente.

Enfatizamos que o advogado está em sua função de defender suas clientes e assim busca todos os meios admitidos em direito, o que julgamos totalmente possível e salutar em sua função, entretanto, repetimos, nesta o que já foi dito em outras manifestações por este oficial junto a este Juízo Correicional: "não é função de este oficial dizer o que o apresentante tem de fazer ou não fazer. É função sim, orientar a que os títulos tenham ingresso com segurança junto à serventia registral imobiliária, no caso o Serviço Registral Imobiliário de Pirapozinho". Repise-se, fazer com que os títulos trafeguem com segurança jurídica, em prol da já apregoada boa fé dos cidadãos que há mais um século confia nos registros públicos paulistas.

Dentre as várias funções do registro de imóveis está o de evitar conflito e transmitir segurança aos atos transmissivos, constitutivos, ou extintivos de direitos admitidos a registro. Este, MM. Juiz Corregedor, seria o motivo do registro efetuado e o que Vossa Excelência determinar, este Oficial acatará in totum, como sempre o fez.

Pirapozinho, São Paulo, 28 de junho de 2016. Izaías Gomes Ferro Júnior Oficial Registrador.

Jurisprudência Comentada



## Superior Tribunal de Justiça

STJ – *REsp 1.424.275/MT* – 3.<sup>a</sup> 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 lolanda 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 Patruni. Recorrido: S. C. e R. Ltda. – advogado: Flávio Américo Vieira. Ementa:1 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 consectário 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.

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.

<sup>1.</sup> Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

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.°, da CF/1988, 1.° e 5.° 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 descurar, 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, indisfarçavelmente, imbuiu 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 desembargador 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. 1647, *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 vênia 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 Patruni; 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.

### **C**OMENTÁRIO

# A União Estável e sua necessária inscrição no Registro de Imóveis para proteção patrimonial e Segurança Jurídica

O julgado em comento aborda o tema da União Estável, entidade familiar reconhecida pelo texto constitucional (§ 3º, do art. 226, da Constituição Federal) e, posteriormente pelas Leis Federais 8.971/1994, 9.278/1996 e arts. 1.723 e seguintes do Código Civil Brasileiro, retrata a enorme importância dos reflexos patrimoniais decorrentes das suas relações jurídicas, sendo possível assegurar que seu ingresso no Registro de Imóveis é imprescindível para proteção da propriedade imobiliária e da segurança jurídica.

Nesse sentido, importa destacar que o julgado em referência de grande relevância do Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1424275/MT2 de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino* (Processo REsp 1424275/MT. 2012/0075377-7, j. 04/12/2014, *DJe* 16.12.2014, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma), considerou o interesse do terceiro de boa-fé que ao adquirir bem imóvel deposita sua confiança na publicidade registral constante na matrícula do imóvel, a qual presume-se pela sistemática registral refletir a realidade jurídica do imóvel.

Desta forma, o julgado reconheceu a aplicação do regime da comunhão parcial de bens ao imóvel adquirido no curso da união estável com fundamento no art. 1.725 do Código Civil Brasileiro e, também, a existência de condomínio natural entre os conviventes em partes iguais por aplicação do disposto no art. 5º da Lei 9.278/1996, no período de sua vigência. Ademais, tratou da necessidade de autorização de ambos os companheiros para a validade da alienação de bens imóveis adquiridos durante a constância da união estável. Contudo, o Ministro considerou que a invalidação da alienação do imóvel comum sem a anuência de um dos companheiros, como no caso decidido, "dependeria da publicidade da união estável mediante a inscrição do contrato de convivência ou da decisão judicial declaratória da existência união estável no Ofício do Registro de Imóveis" em que inscritos os bens comuns ou pela comprovação da má-fé do terceiro adquirente. Conforme afirma Maria Berenice Dias3, ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem, uma vez constituída a união

<sup>2.</sup> In Kollemata: [http://goo.gl/eYfG92].

<sup>3.</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias.* 9.ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 188.

estável instala-se a cotitularidade patrimonial e o direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio *ex vi legis*.

Destaca-se que, no relatório do julgado, é trazido como argumento o raciocínio proposto pelo jurista Zeno Veloso de que a alienação de bem cotitularizado por ambos os conviventes, sem anuência de um dos condôminos, representaria venda a *non domino*, por se tratar de coisa alheia na parte do companheiro que não anuiu, uma vez que também é proprietário do bem.4 Entretanto, ressalva ao final que a união estável não publicizada por meio de averbação na matrícula do imóvel torna-a incognoscível, de maneira prática, por faltarem elementos comprobatórios da sua própria existência perante terceiros interessados.

Conforme a doutrina, a proteção da aparência é considerada um dos Princípios Basilares dos direitos reais. Nelson Rosenvald5 define que a propriedade consiste na aparência convertida em realidade pela necessidade social de segurança jurídica. Por esse motivo, o autor afirma que a propriedade está indissoluvelmente ligada à sua prova, a situação jurídica consubstanciada pela titularidade formal que gera efeitos jurídicos em favor do estado de aparência. Logo, não haverá prejuízo para quem praticou um negócio jurídico de boa-fé, pois a aparência prevalecerá sobre a realidade.

Afirma Rosenvald que na propriedade aparente a titularidade é aparente, porque trata-se de uma aquisição a *non domino*, ou seja, exprime a impossibilidade jurídica da aquisição do direito, quando este deriva de quem não é o seu verdadeiro titular. Em outras palavras, a aquisição a *non domino* é aquela na qual o terceiro adquire de boa-fé do titular aparente da propriedade, se investe na titula-ridade do direito real, com publicidade e oponibilidade *erga omnes* pelo ato de registro. Desse modo, enquanto não for cancelada, a situação de aparência de propriedade, detém eficácia como modo aquisitivo, com base na confiança tutelada pelo ordenamento jurídico (§ 2°, do art. 1.245, do CC).

É relevante mencionar que o ponto fulcral destacado pelo Ministro é justamente a convergência da jurisprudência ao apoio imprescindível da publicidade registral para proporcionar a devida eficácia das situações jurídicas decorrentes da união estável. Isso porque o instituto urge por um mecanismo de Segurança Jurídica, que vislumbramos estar de encontro com a sua inscrição nos Registros Públicos, como medida de rigor.

Como destacado pelo registrador Sergio Jacomino6 no artigo "União estável e a publicidade registral", o Ministro Sanseverino utiliza-se de expressões e terminologias do direito registral, que demonstram domínio do tema e conhecimento de causa, sobretudo ao utilizar-se da expressão "conformação registral" no sentido de registro "constitutivo de certos efeitos". Nesse sentido, qualifica a eficácia jurídica que irradia erga omnes com a inscrição no álbum imobiliário, mesmo nos casos em que o registro não ostente, tecnicamente, a natureza constitutiva do direito, como no caso da união estável.

No artigo em destaque, Sergio Jacomino aponta que o verdadeiro defeito da Lei 9.278/1996, desde o seu advento é patente. Isso porque, o contrato escrito (art. 5°) não se basta, se faz necessário que esse pacto seja publicizado por meio dos registros públicos para que a sua eficácia atinja o círculo representado pelos terceiros interessados.

<sup>4.</sup> In Código Civil Comentado, Ed. Atlas, 2003, vol. 17, p. 144, apud REsp 1424275.

<sup>5.</sup> ROSENVALD, Nelson. *A propriedade aparente no Código Civil de 2002*. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/294/propriedade%20aparente\_Rosenvald.pdf?sequence=1], acesso em 29.07.2016.

<sup>6.</sup> Disponível em: [https://goo.gl/gTnrqc].

O julgado em tela faz ainda um comparativo com os institutos da união estável e casamento, na medida em que reconhece que o segundo é facilmente comprovado pelos documentos de identificação dos indivíduos (cédulas de identidade ou certidões de nascimento ou casamento) com ampla e irrestrita publicidade, inexistente na união estável como regra. Indica a confiança depositada na situação registral como fator que impede a invalidade de atos celebrados sem a anuência de um dos companheiros, porque prejudica a própria segurança jurídica "cara à dinâmica dos negócios na sociedade contemporânea, exige que os atos jurídicos celebrados de boa-fé sejam preservados". Isso, também, porque o estado civil de uma pessoa que convive em união estável não é alterado, mantem-se como solteiro, viúvo, separado ou divorciado, de acordo o estado civil em que se encontra.

O eminente Ministro ressalta que caso os conviventes tornem pública e notória a sua relação, por meio do Registro de Imóveis de seu domicílio e onde inscritos os bens imóveis comuns, tal situação efetiva a tutela patrimonial devida a união estável em suas relações jurídicas. Isso porque não poderá ser alegado desconhecimento por parte do terceiro adquirente do bem imóvel ou presumir sua boa-fé, da mesma maneira como não seria considerado caso se tratasse da venda de bem imóvel no curso do casamento, passível de anulação (art. 1.647, do CC).

É notório que paulatinamente as leis foram sendo aperfeiçoadas para conferir direitos mínimos aos companheiros, como direitos previdenciários, direitos de personalidade como o nome, alimentos, direitos de família e sucessórios, tendo se fortalecido pela jurisprudência de nossos tribunais que levaram ao consequente reconhecimento no texto legal. De acordo com o *Codex* a união estável é considerada uma situação de fato que independe de qualquer formalidade para sua existência sendo por isso considerada informal, desde que preencha os requisitos de se tratar de uma convivência duradoura, pública e contínua com o objetivo de constituir uma família.

Como bem destacado pelo registrador Ulysses da Silva7, o art. 1.725 do CC preocupa-se com o patrimônio adquirido pelos companheiros e adota o regime da comunhão parcial de bens como regra, igualando ao casamento. Na hipótese de ser celebrado contrato escrito, poderão estabelecer regime de bens diverso do legal, da mesma forma que ocorre com o casamento pelo Pacto Antenupcial, admissível seu ingresso perante o Livro 3 do Registro de Imóveis da circunscrição onde estiver situada a primeira residência dos companheiros, sem prejuízo das averbações nas matrículas dos imóveis. Nesse sentido, afirma que a inscrição no Fólio Real é recomendável, tendo em vista os direitos já assegurados aos conviventes pela jurisprudência firmada pelos tribunais e pela legislação codificada, especialmente quanto aos bens adquiridos a título oneroso na constância da relação, e principalmente, pela importância da publicidade extremamente útil ao caso.

Zeno Veloso afirma ainda que a união estável pode ser provada por todos os meios admitidos em direito e o companheiro para assegurar seus direitos deverá evidenciar a existência da entidade familiar, com a demonstração de que estão atendidos os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a sua caracterização8. Por outro lado, existem situações específicas que tal prova se torna bastante difícil, como exemplo nas hipóteses em que o companheiro seja casado mas separado de fato ou judicialmente, e constitua união estável (parágrafo único do art. 1.723, do CC) ou no caso dos conviventes se encontrarem separados por motivos estranhos à vontade de ambos seja por parentes do companheiro que o tenham removido da residência habitual por velhice ou moléstia grave, com

<sup>7.</sup> SILVA, Ulysses da. *Direito Imobiliário – O Registro de Imóveis e Suas Atribuições – A Nova Cami-nhada*, 2.ª ed., rev. e ampl., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2013, p. 38-41.

<sup>8.</sup> VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. Saraiva, São Paulo: 2010. p. 167.

a intenção de demonstrar a ruptura da união estável e descaracterizá-la, restando ao companheiro supérstite este trabalho de demonstrar a contraprova9.

Desse modo, conforme exposto brilhantemente no julgado em destaque, múltiplos são os motivos a demonstrar que a mera situação fática e a informalidade característica, é prejudicial aos próprios conviventes. Isso porque, qualquer proteção jurídica que se faça necessária para fins de direitos em geral, como alimentares, pessoais, patrimoniais ou ainda sucessórios, dependem de prova por meio do reconhecimento judicial que, muitas vezes, é bastante custoso e dispendioso, para não dizer ineficiente em alguns casos, devido a urgência de solução do caso concreto.

Nesse aspecto, o contrato prévio de convivência, pela literalidade do Código Civil poderá ser celebrado por instrumento particular ou por escritura pública perante o Tabelião de Notas, sendo este último o único capaz de gerar presunção de veracidade pelo atributo da Fé Pública, além de ser passível de ingresso perante o registro civil das pessoas naturais, conforme se verá a seguir.

Entretanto, data vênia, a escritura pública com toda força de um documento público, constitui elemento de prova plena (art. 215 do CC) quanto a sua existência e efeitos inter partes, entretanto, por si só não implica no conhecimento da sua existência erga omnes e proteção patrimonial perante terceiros (art. 221, CC). É o que consta no teor do art. 5°, do Provimento 37/2014 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ)10, que regulamentou o registro da união estável. É dizer, a união estável não noticiada na matrícula dos imóveis dos companheiros, caso a escritura pública não seja levada a registro, poderá ser omitida pelo outro companheiro na alienação dos bens imóveis comuns e não terá a eficácia pretendida. Isso porque, não há nenhuma obrigação legal que torna a menção da união estável obrigatória no ato de alienação de bem imóvel, sendo utilizada na maioria das vezes uma declaração negativa de convivência em escrituras públicas que envolvam pessoas solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas, por prudência notarial, mas que pode ser mitigada pelas próprias partes.

Isso porque, conforme previsão expressa do parágrafo único do art. 219, do CC, as declarações enunciativas que não tenham relação direta, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las. Nota-se que a publicização da união estável tornaria inviável a alienação do imóvel sem que ambos os companheiros comparecessem ao ato por conferir legitimidade a esta situação jurídica. Além disso, o simples fato de não haver publicidade da união, por si só, faz prova (ainda que bastante relativa) de sua inexistência, presumindo-se verdadeira a declaração do vendedor e protegendo o comprador de boa-fé. Resta ao companheiro prejudicado a necessidade de comprovar o conhecimento do terceiro adquirente ou a sua má-fé, conforme raciocínio exposto pelo julgado. O Princípio do Absolutismo inerente aos direitos reais inscritos, é alcançado em sua plenitude pela publicidade decorrente do Registro de Imóveis que permite a ampla notoriedade e cognoscibilidade perante terceiros.

Nesse sentido o civilista Christiano Cassettari refere-se a união estável como informal, reforça que o contrato escrito é facultativo e uma vez celebrado, produz efeitos apenas *inter partes* por força do Princípio da Relatividade dos efeitos do contrato e para que produza efeitos *erga omnes* é necessária a existência de lei que assim determine e defina o local para registro<sup>11</sup>.

<sup>9.</sup> VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. Saraiva, São Paulo: 2010. p. 167.

<sup>10.</sup> Art. 5°. O registro de união estável decorrente de escritura pública de reconhecimento ou extinção produzirá efeitos patrimoniais entre os companheiros, não prejudicando terceiros que não tiverem participado da escritura pública.

<sup>11.</sup> CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil.* Editora Saraiva, São Paulo: 2011, p. 478-479.

Partindo do pressuposto do julgado, a doutrina conceitua a Publicidade Registral "como um dos tesouros mais preciosos do amadurecimento do espírito jurídico, uma nova forma de ser do direito de propriedade sobre o qual se assentam o sistema financeiro, a tutela do crédito e a segurança das transações imobiliárias"<sup>12</sup>. A Publicidade é de extrema importância na sistemática registral adotada pela Lei 6.015/1973 e, bem como, pelo Código Civil de 2002, por significar a ideia de cognoscibilidade e oponibilidade erga omnes. Ademais, é entendimento consolidado na doutrina que um sistema registral seguro é aquele no qual a publicidade imanente proporciona a necessária estabilidade no tráfego imobiliário e no fortalecimento econômico que envolvem os direitos reais e os direitos obrigacionais com eficácia real.

Desse modo, conforme afirmado pelo Registrador Marcelo Augusto Santana de Melo<sup>13</sup> a exteriorização por meio da publicidade registral se contrapõe à clandestinidade, não se tratando de mera aparência, mas sim de uma situação aparente qualificada com os efeitos gerados sobre o próprio direito registral, tendo como consequência a produção de efeitos jurídicos substantivos e materiais sobre a situação publicada. Pela classificação trazida pelo autor quanto aos efeitos da publicidade, identificamos que o ingresso da União Estável no Registro de Imóveis trata-se de publicidade declarativa, isso porque não é constituída pela sua inscrição, mas a sua inscrição é necessária para eficácia perante terceiros.

Nesse sentido, o registrador faz uma reflexão bastante interessante e pertinente ao tema em debate, sobre relação entre a Publicidade e a Clandestinidade, em paralelo com o Sagrado e o Profano. Traz uma abordagem sociológica e religiosa para demonstrar que a publicidade registral cria um sistema de proteção para o proprietário semelhante à ideia de sagrado para o cristão, conferindo presunções que o ordenamento jurídico confere somente a quem está revestido da solenidade acobertada pela proteção da Fé Pública.

Por oportuno, o entendimento do Desembargador Ricardo Henry Marques Dip, no Prefácio da obra "Usucapião Administrativa" do registrador Leonardo Brandelli¹⁴, ao tratar da relação entre posse e registro, define que "a aparência presuntiva da titularidade de direitos imobiliários resulta do registro ou da posse (...), mas a posse cede passo à existência de um status oposto, inscrito no registro". Conclui haver um limite na eficácia publicitária da posse em contraponto à evidência da confiança social no registro que supera em linha de princípio e mesmo de fato a expectativa da posse ser algo, além de mero indício. Portanto, afirma o eminente Desembargador que no conflito de aparências resolve-se em favor do registro. Com toda vênia, na mesma linha de ideias, o julgado em destaque retrata que a situação registrária do imóvel não trazia qualquer menção à propriedade do companheiro não anuente na alienação imobiliária, o que impediu a sua anulação em detrimento ao terceiro de boa-fé.

Nesse sentido, a doutrina destaca o Princípio da Proteção da Aparência Jurídica, como um princípio tácito extraído da cadeia principiológica do sistema, e que possui a finalidade de proteger as pessoas que confiam legitimamente em situações que aparentavam ser juridicamente algo, entretanto,

<sup>12.</sup> ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Direito imobiliário registral*. Madrid: Civitas, 1986. p. 56 apud MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria Geral do Registro de Imóveis – Estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016, p. 117.

<sup>13.</sup> MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria Geral do Registro de Imóveis – Estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 118–119.

<sup>14.</sup> BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião Administrativa – De acordo com o novo Código de Processo Civil.* Editora Saraiva, São Paulo: 2016.

no plano de fundo não eram, porque a real situação está oculta<sup>15</sup>, como acontece na usucapião, forma originária de aquisição da propriedade, como aprofundado com excelência pelo Registrador Leonardo Brandelli.

Em outras palavras, apesar de poder existir a posse de um dos companheiros sobre o patrimônio comum amealhado, se não inscrito, tal fato jurídico também não será elemento registral e não servirá para elidir a boa-fé do futuro adquirente ou causar a anulação da alienação do imóvel. A melhor solução, como muito bem apontada pelo julgado, consiste na união estável consubstanciada pelo seu contrato patrimonial ser objeto de inscrição nos registros públicos competentes.

Observa-se uma tendência de formalização mínima da união estável pela necessidade social de conferir maior segurança jurídica às suas questões patrimoniais, que apesar de constituir-se pela mera situação de fato, a sua invisibilidade perante o Registro Civil e, principalmente, perante o Registro de Imóveis torna-a inoponível *erga omnes* e, por consequência, não passível de se comprovar má fé nas transmissões de bens imóveis de um dos companheiros sem a anuência ou conhecimento do outro que poderá ser prejudicado ou até mesmo dilapidado.

Nessa linha de raciocínio, trazemos a menção da doutrina de Ulysses da Silva<sup>16</sup>, de que apesar da averbação da união estável não estar prevista expressamente no inciso II, do art. 167, da Lei 6.015/1973, afirma que situa-se entre aqueles atos que, embora não enumerados, afetam o registro e a matrícula quanto às pessoas e seus bens, sendo uma inscrição útil, inclusive para efeito de publicidade, tendo em vista a sua proximidade do casamento e a igualdade de direitos patrimoniais existente entre companheiros e cônjuges.

Tal necessidade de segurança jurídica, se concretizou no provimento pioneiro da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça Paulista (CGJSP), sob comando do Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini e competentes Juízes Assessores, sob n. 41/2012, que serviu de sucedâneo para que o Conselho Nacional da Justiça (CNJ) normatizasse em âmbito nacional, pelo Provimento 37/2014, de lavra do Conselheiro e Corregedor Nacional de Justiça, Dr. Guilherme Calmon, que autorizou o registro da união estável no Livro "E", do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Ademais, destaca-se que entre os considerandos do provimento nacional, o qual demonstra a essência da sua finalidade, está a necessidade de edição de normas básicas e uniformes do registro da união estável para conferir "segurança jurídica na relação mantida entre os companheiros e desses com terceiros, inclusive no que tange aos aspectos patrimoniais". Portanto, pode-se afirmar que toda união estável, ou a sua extinção, que venham a ser legalmente reconhecidas (seja por sentença judicial ou por escritura pública), para surtir efeitos patrimoniais entre os companheiros, devem ser levadas a registro no livro E, do Registro Civil.

No mesmo sentido, a Desembargadora Maria Berenice Dias, em artigo publicado na internet "Registro da União Estável" retiticou o que já sustentava em suas obras jurídicas la, que o provimento do CNJ, apesar de inovador, não fez nenhuma previsão de averbação perante o registro imobiliário onde se situam os bens do casal. Destaca que ao contrário, prevê que o registro produz efeitos patrimoniais entre os companheiros, não prejudicando terceiros que não fizeram parte do ato e não alteram os efeitos da coisa julgada (art. 5º) e que esta omissão, às claras, pode prejudicar um dos companheiros, os próprios filhos e, ainda, terceiras pessoas.

<sup>15.</sup> Idem, p. 57.

<sup>16.</sup> SILVA, Ulysses da. *Direito Imobiliário – O Registro de Imóveis e Suas Atribuições – A Nova Caminhada*, 2.º ed., rev. e ampl., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2013, p. 409.

<sup>17.</sup> Registro da União Estável. Maria Berenice Dias – Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204366,51045-Registro+da+uniao+estavel], acesso em 13.07.2016.

<sup>18.</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9.ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 188–189.

Tem razão a Desembargadora ao afirmar que se a lei admite o registro do pacto antenupcial (art. 1.657 do CC) no Registro de Imóveis (nº 1, inciso II do art. 167, da Lei 6.015/1973), é imperativo reconhecer que o contrato de convivência da união estável, que entre outras coisas traz disposições que refletem sobre os bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos. Vai além e reforça que a união – registrada ou não no Registro Civil – deve ser levada à inscrição na serventia imobiliária, por se tratar de circunstância que tem influência no registro ou nas pessoas nele interessadas (nº 5, inciso II, dos arts. 167 e 246 da Lei 6.015/1973). Nesse sentido, conclui que é preciso preservar a fé pública de que gozam os registros imobiliários, bem como a boa-fé dos terceiros que precisam saber da existência da união estável.

Nessa linha de raciocínio, a Egrégia CGJSP estabeleceu o ingresso da União Estável também no Registro de Imóveis pela modificação e inclusão dos itens 11, letra a, nº. 11; e letra b, nºs. 1, 5 e 14; itens 63 e 63.1; 79; 80 d e 85 do Capítulo XX, das NSCGJSP. Pode-se notar que a união estável reconhecida judicialmente ou por escritura pública, registrada no registro civil das pessoas naturais, por repercutir efeitos patrimoniais relevantes, deverá ser inscrita mediante ato de registro, *stricto sensu*, no Livro nº 3 - Registro Auxiliar e averbada na matrícula dos imóveis nas hipóteses de constituição ou extinção, da mesma maneira que ocorre com os cônjuges pelo casamento.

Entendemos que as normas de serviço determinam como necessária tal providência, pois consolidam a evolução da jurisprudência e construção da doutrina mencionadas ao longo do texto na busca por uma maior proteção da entidade familiar no aspecto patrimonial e de modo a evitar prejuízos aos próprios conviventes ou terceiros interessados na preservação da Segurança Jurídica.

Na hipótese em que a união estável ingresse no Registro de maneira incidental, por mera declaração dos conviventes no próprio título de aquisição do imóvel, nessa circunstância, entende-se que o registro deve espelhar a cotitularidade dos companheiros, com menção ao estado civil e o acréscimo da informação quanto a união estável em sua redação pelo registrador. Ademais, entende-se que se as partes declararam que vivem em união estável e a mesma não foi formalizada por qualquer contrato ou escritura pública, poderia ser feita uma declaração de próprio punho perante o Registro de Imóveis para que seja mencionada no registro, da mesma maneira que se admite na prática requerimentos em outros tipos de atos de averbações.

Por outro lado, se apresentada escritura pública de união estável, entende-se que o Oficial pode exigir que a mesma esteja registrada no Registro Civil de Pessoas Naturais, pois consta expressamente nas normas de serviço que o ato de averbação no Fólio Imobiliário se fará mediante "escritura pública registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais". Apesar do provimento do CNJ dispor que o registro é facultativo, o raciocínio que pode ser extraído em consonância ao Princípio maior da segurança jurídica, é no sentido de que quanto aos bens imóveis, para produzir efeitos patrimoniais não seja facultativo e, ainda, se os nubentes predeterminaram regime de bens aplicável as suas relações patrimoniais, maior razão se faz com o ingresso no Registro de Imóveis.

Ao autor Luís Ramon Alvares, em seu "Manual do Registro de Imóveis – Aspectos Práticos da Qualificação Registral" <sup>19</sup>, ao tratar dos documentos exigíveis para registros e averbações, esclarece que a averbação deve ser promovida mediante a apresentação de: título judicial (união estável declarada judicialmente); ou b) escritura pública registrada no Livro e do Registro Civil das Pessoas Naturais; qualificação completa do companheiro (apresentar documentação comprobatória caso não esteja completa); e ainda, quando o regime de bens da união estável for diverso do legal, deve-se registrar a escritura pública no Livro 3.

Ressalta-se que apesar do registro da união estável ter sido considerado facultativo pelo CNJ, entende--se que uma vez formalizado por escritura pública com reflexos patrimoniais relevantes perante o Re-

<sup>19.</sup> ALVARES, Luís Ramon Alvares. *Manual do Registro de Imóveis – Aspectos Práticos da Qualifica- ção Registral*, editoras Crono/Et Cetera, São Paulo: 2015, p. 378.

gistro de Imóveis, torna-se obrigatório para a prática dos demais atos jurídicos em razão da necessária Segurança Jurídica nas relações patrimoniais e, ainda, pelo teor do art. 169 da Lei 6.015/1973 quanto a obrigatoriedade do registro de atos previstos no art. 167, como o n. 5, inciso II, que define "de outras circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro ou nas pessoas nele interessadas", ou ainda, por analogia aos Pactos Antenupciais. É bastante elucidativo que é necessário constar no registro todos os pontos importantes, principalmente, todos os reais proprietários do bem²º.

Isso porque a inscrição da escritura pública declaratória de convivência de união estável ou de sentença judicial que a reconheça se iqualam para fins de regime de bens, alimentos e reflexos patrimoniais em bens imóveis adquiridos onerosamente a partir do início da convivência. Desse modo, a proteção jurídica do convivente prudente, que resquarda seus direitos para fins patrimoniais nas relações perante terceiros e, ainda, eventuais credores na proteção de sua quota parte (art. 1647 do CC) é medida de rigor. Dessa forma, entende-se, humildemente que trata-se de inscrição obrigatória, principalmente nas hipóteses em que existem bens imóveis a serem protegidos decorrentes do regime de bens e, ainda, se convencionarem regime de bens diverso da comunhão parcial de bens. Caso não seja noticiada no Registro de Imóveis, corre-se o risco de existir verdadeira contradição na dinâmica do sistema registral, uma vez que deve ser respeitado o regime de bens entre companheiros da mesma maneira que entre cônjuges, sendo cabível inclusive a propositura de ação anulatória face o terceiro adquirente e inclusive o próprio registro ou, subsidiariamente, ação de perdas e danos contra o companheiro que agiu de má fé em razão dos prejuízos sofridos pelo companheiro que não anuir na venda; e por outro lado a fé pública dos registros imobiliários em relação ao terceiro de boa-fé, que não tem ciência do segundo proprietário do imóvel. Conforme afirmado por Eliane Mora de Marco, inverte-se o prejuízo que não recai sobre o terceiro de boa fé alheio a união estável, mas, sobretudo, sobre aquele que não esclarece a real situação jurídica do imóvel.<sup>21</sup>

Em consonância ao entendimento proposto, Maria Cláudia Crespo Brauner e Andréa Aldrovandi ao mencionarem que nas uniões homoafetivas uma vez preenchidos os requisitos da união estável terão os mesmos efeitos patrimoniais previstos nas leis especiais e no Código Civil, terão o seu reconhecimento e, eventuais partilhas, necessariamente averbadas no Registro de Imóveis em atendimento ao Princípio da Continuidade, previsto no art. 195, da Lei 6.015/1973. Logo, argumentam as autoras que a exigência legal do registro e de suas sucessivas transmissões constante na lei dos registros públicos torna a inscrição necessária para reconhecer a própria entidade familiar e fundamentar a transferência patrimonial decorrente da presunção de condomínio prevista na Lei 9.278/1996 ou pela aplicação do regime da comunhão parcial de bens previsto no art. 1.725 do CC, ou ainda, qualquer outro regime constante em contrato prévio escrito dos companheiros<sup>22</sup>.

Nota-se a importância da publicidade registral na decisão administrativa da Juíza de Direito da 1ª Vara dos Registros Públicos da Capital, Exma. Dra. Tânia Mara Ahualli23, que nos surpreende com

<sup>20.</sup> MARCO, Eliane Mora. *O regime condominial da união estável e a importância de sua comunica- ção ao serviço registral imobiliário. In* Doutrinas Essenciais, Direito Registral. Organizadores DIP, Ricardo; e JACOMINO, Sergio. Vol. V. São Paulo: Ed. RT: 2011, p. 341-353.

<sup>21.</sup> MARCO, Eliane Mora. *O regime condominial da união estável e a importância de sua comunica-*ção ao serviço registral imobiliário. *In* Doutrinas Essenciais, Direito Registral. Organizadores DIP,
Ricardo; e JACOMINO, Sergio. Volume V. São Paulo: Ed. RT: 2011, p. 349-351.

<sup>22.</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo e ALDROVANDI, Andréa. *Direito Civil e Registro de Imóveis*. Coordenador Leonardo Brandelli. Editora Método, São Paulo: 2007, p 300-302.

<sup>23.</sup> Inventário extrajudicial. Adjudicação. União estável. Registro de escritura de inventário e adjudicação - alegada necessidade de ação de reconhecimento de união estável ante a ausência de outros herdeiros - existência de declaração de união estável firmada pelos cônjuges que

interpretação ampliativa dos arts. 18 e 19, da Resolução 35/2007 do CNJ, que disciplinou a Lei 11.441/2007, no que trata da sucessão do companheiro, de mesmo conteúdo dos itens 112 e 113, do Capítulo XIV, nas NSCGJ. Apesar da interpretação literal ser no sentido de ser necessária a existência de outros herdeiros, absolutamente capazes e concordes, além do companheiro supérstite para reconhecer a existência de união estável e possibilitar a lavratura do inventário extrajudicial nessa circunstância, a decisão toma por base informação contida na certidão de óbito do "de cujus" de que este "vivia em união estável" (letra d, item 94 do Capítulo XVII, das NSCGJSP), não deixou filhos e testamento, sendo a companheira sua única herdeira. Ademais, pela declaração escrita de união estável dos companheiros com firma reconhecida, dispondo sobre o tempo de convívio por prazo superior a dez anos a qual foi registrada perante o 3º Registro de Títulos e Documentos da Capital. A magistrada considerou que o ato teria efeitos "erga omnes", isto é, seria válido e eficaz perante terceiros e dessa forma possibilitou que o inventario extrajudicial fosse lavrado.

Pelos motivos destacados acima, a decisão concluiu que a declaração da união estável firmada e registrada pelas partes, pretende gerar os efeitos legais do instituto, equiparado ao casamento para todos os fins, sendo que a obrigatoriedade do ingresso na via judicial para tal reconhecimento "afrontaria o espírito da lei".

Desse modo, em razão da Resolução 35/2007 do CNJ ter sido realizada antes do Provimento 37/2014 do CNJ que passou a admitir o registro da união estável, nota-se que seria razoável a consolidação da possibilidade de lavratura do inventário extrajudicial formalizado apenas pelo companheiro supérstite caso exista o registro da união estável perante o registro civil, e inscrição perante o registro de imóveis. Na linha e raciocínio do julgado do STJ, ousamos propor a inclusão na Resolução 35/2007 do CNJ para que possibilite a lavratura de inventário extrajudicial na hipótese em que exista o registro da união estável perante o Registro Civil e, também, perante o Registro de Imóveis nos quais constem seus bens imóveis comuns, como medida de proteção jurídica e para eficácia *erga omnes*.

Por fim, conclui-se que a união estável, entidade familiar uma vez reconhecida no texto constitucional, necessita de proteção jurídica patrimonial por envolver a comunicação de bens adquiridos onerosamente durante a sua constância por aplicação dos efeitos jurídicos do regime de bens, como da comunhão parcial, da separação obrigatória ou, ainda, outro regime convencionado pelos companheiros por escritura pública, sendo imprescindível seu ingresso perante os registros públicos para que possa surtir a Publicidade, Eficácia, Autenticidade e Segurança Jurídica com efeitos de oponibilidade *erga omnes*, de maneira a evitar o prejuízo dos próprios conviventes ou de seus filhos, ou ainda para proteger o interesse de futuros adquirentes do imóvel de situações jurídicas conflitantes

### Bibliografia

ALVARES, Luís Ramon Alvares. *Manual do Registro de Imóveis – Aspectos Práticos da Qualificação Registral*, editoras Crono/Et Cetera, São Paulo: 2015.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antônio. *Direito imobiliário registral*. Madrid: Civitas, 1986. p. 56 apud MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria Geral do Registro de Imóveis – Estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2016.

supre a via judicial – Dúvida improcedente. 1VRPSP – PROCESSO: 1120996-16.2014.8.26.0100 – LOCALIDADE: São Paulo. j. 09.01.2015, *DJ* 20.01.2015. Relatora Dra. Tânia Mara Ahualli. *In* Kollemata:[http://goo.gl/lE34li].

- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião Administrativa De acordo com o novo Código de Processo Civil.* Editora Saraiva, São Paulo: 2016.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo e ALDROVANDI, Andréa. *DIREITO CIVIL E REGISTRO DE IMÓVEIS*. Coordenador Leonardo Brandelli. Editora Método, São Paulo: 2007.
- CASSETTARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. Editora Saraiva, São Paulo: 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.411 apud VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. Saraiva, São Paulo: 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9.º ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- FERRIANI, Luciana de Paula Assis. Sucessão do Companheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARCO, Eliane Mora. *O regime condominial da união estável e a importância de sua comunicação ao serviço registral imobiliário. In* Doutrinas Essenciais, Direito Registral. Organizadores DIP, Ricardo; e JACOMINO, Sergio. Vol. V. São Paulo: Ed. RT: 2011.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria Geral do Registro de Imóveis Estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.
- SILVA, Ulysses da. *Direito Imobiliário O Registro de Imóveis e Suas Atribuições A Nova Caminha-da*, 2.º ed., rev. e ampl., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. Saraiva, São Paulo: 2010.
  - . in Código Civil Comentado, Ed. Atlas, 2003, vol. 17.
- ; JACOMINO, Sergio. União estável e a publicidade registral. KOLLEMATA JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL. Disponível em: [https://cartorios.org/2015/09/21/uniao-estavel-e-a-publicidade-registral/], acesso em: 16.06.2016.
- \_\_\_\_\_\_. União estável. Averbação documentos exigíveis. Disponível em: [http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/5486], acesso em: 13.07.2016.
- \_\_\_\_\_\_ Registro da União Estável. Maria Berenice Dias Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204366,51045-Registro+da+uniao+estavel],

### acesso em 13.07.2016.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. A propriedade aparente no Código Civil de 2002. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/294/propriedade%20 aparente\_Rosenvald.pdf?sequence=1], acesso em 29.07.2016.

Kollemata: Jurisprudência mencionada.

### GIOVANNA TRUFFI RINALDI

Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas- GVlaw. Mestranda em Direito pela Fadisp.

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 2º Subdistrito da Sede da Comarca de Barretos – SP. giovanna.cartorio@gmail.com

### RESENHA

# UNIÃO ESTÁVEL: SALVO DISPOSIÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO, ALIENAÇÃO DE PATRIMÔNIO COMUM DEPENDE DA ANUÊNCIA DO COMPANHEIRO

O caso trata de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, onde se afirmou que a outorga uxória da companheira é uma exigência legal inaplicável à hipótese de união estável, em relação a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé. Em razões recursais, os recorrentes sustentaram a violação dos Enunciados 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF), além do art. 226, § 3º da Constituição Federal (CF); dos arts. 1º e 5º da Lei 9.278/1996; do art. 1.725 do Código Civil (CC) e dos arts. 449 e 794, Il do Código de Processo Civil (CPC). Ademais, destacou ser indene de dúvidas a relação marital vivida entre o casal, da qual sobreveio uma filha e a construção conjunta do patrimônio e que, diante dessa relação, asseverou nula a alienação patrimonial sem a outorga da recorrente sua companheira, máxima a má-fé do adquirente do imóvel. Afirmou, ainda, que o imóvel objeto da venda é residência da família e pediu o provimento do recurso.

Ao julgar o caso, o relator do acórdão, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de início, não conheceu do recurso, no que tange à alegada violação aos Enunciados 282 e 356 do STF e dos arts. 449 e 794, II do CPC. Posto isto, o relator apontou o art. 1.725 do CC e os arts. 1º e 5º da Lei 9.278/1996 e confirmou a existência de união estável entre os litigantes, a aquisição do imóvel objeto de alienação no curso dessa relação familiar e sua alienação sem a autorização do convivente-demandante. Desta forma, entendeu que deve ser verificada a validade deste ato de alienação realizado sem a anuência da companheira. Assim, o relator afirmou que o instituto da outorga conjugal, no afá da proteção ao patrimônio familiar, vem disciplinado no art. 1.647 do CC e que, de acordo com precedente jurisprudencial, o STJ analisou a validade de fiança prestada sem a autorização de um dos companheiros e 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. Além disso, apontou que deve sobrelevar a salvaguarda do patrimônio comum, em relação ao qual jaz condomínio natural, de acordo com o regime jurídico estabelecido pela Lei 9.278/1996 para os conviventes e que deve-se zelar pela aplicação das regras atinentes à comunhão parcial de bens, na forma do art. 1.725 do CC, dentre as quais se insere aquela do art. 1.647 do CC. Assim, de acordo com o relator, deve ser exigida também a devida publicização da união estável, assim como ocorre com o casamento. O relator ainda entendeu que a Lei 9.278/1996, em seu art. 5°, dispôs que os bens adquiridos na constância da união estável são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos os conviventes em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito e que a administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos. Neste sentido, observou que o acórdão atacado não registrou a existência de qualquer disposição de forma diferenciada pelos conviventes sobre tais questões, remanescendo, in casu, a previsão legal de copropriedade entre os conviventes e de administração, em conjunto, do patrimônio comum. Nessa perspectiva, o relator entendeu que a alienação do bem de titularidade de ambos os conviventes, sem a anuência de um dos condôminos, representaria venda a non domino. Ademais, sobre a disponibilidade dos bens, em se tratando de regime diverso da separação absoluta de bens, nenhum dos cônjuges poderá, sem a autorização do outro, alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis. Finalmente, o relator afirmou que, "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." No caso apresentado, o relator observou que 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 e que, embora o imóvel tenha sido adquirido para residência familiar, este não estava sendo ocupado pela recorrente e sua família por ocasião da alienação, eis que fora alugado, não existindo indícios de má-fé na conduta do adquirente.

Diante do exposto, a 3ª T. do STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do Min. Relator, no sentido de se preservar os efeitos do ato de alienação no caso apresentado.

### 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

# Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSP – *ApCiv 1097628-75.2014.8.26.0100* – j. 07.10.2015 – m.v. – rel. designado Ricardo Mair Anafe – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Família e Sucessões.

INVENTÁRIO – Partilha – Exclusão de direito que deverá ser decidida na esfera própria – Dúvida procedente – Incorreta qualificação de um dos herdeiros, na condição de "separado", a quem foi atribuído um terço do imóvel em questão – Ação de divórcio ainda em trâmite – Inexistência, ademais, de renúncia expressa do cônjuge.

### Veja também Jurisprudência

RePro 207/478 (JRP\2011\7860), RDI 67/186 (JRP\2009\964), RDI 57/331 (JRP\2004\115) e RDI 5/129 (JRP\1980\150).

### Veja também Doutrina

- Reflexos do inventário e partilha no registro, de Afrânio de Carvalho *RDI* 23/33-38 *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/1299-1306 (DTR\1989\249);
- Reflexões sobre o inventário e partilha extrajudiciais no Código de Processo Civil de 2015: o resultado de um percurso histórico-dogmático, de Humberto João Carneiro Filho RDCC 5/119-133 (DTR\2015\16421); e
- Unidade ou pluralidade da sucessão e do inventário e partilha, no direito internacional privado, de Haroldo Valladão *RT* 830/717-746 *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 6/57-97 (DTR\2004\705).

ApCiv 1097628-75.2014.8.26.0100.

Apelante: Regina Célia Bertolla Alocca e outros.

Apelado: Primeiro Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Ca-

pital.

TJSP - Voto 23.651.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE - Registro de Imóveis.

Ementa:¹ Formal de partilha – Inventário – Incorreta qualificação de um dos herdeiros, na condição de "separado", a quem foi atribuído 1/3 do imóvel em questão – Ação de divórcio ainda em trâmite – Inexistência de renúncia expressa da cônjuge quanto ao seu eventual direito (1/6) em relação ao imóvel cujo registro se pretende – Princípio da legalidade, disponibilidade e continuidade (art. 1.784 do CC e arts. 176, § 1.º, alínea 4-a, 195 e 237 da Lei 6.015/1976) – Exclusão do direito que deverá ser decidido na esfera própria – Dúvida procedente. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 1097628-75.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes Regina Célia Bertolla Allocca, Cláudio Bertolla e Aníbal Bertolla Júnior, é apelado 1.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o relator, que fará declaração de voto. Acórdão com o Des. Ricardo Mair Anafe. Declaram votos os Des. José Renato Nalini e Artur Marques da Silva Filho."

O julgamento teve a participação dos Des. José Renato Nalini (Presidente), Eros Piceli, Hamilton Elliot Akel, Guerrieri Rezende, Artur Marques e Pinheiro Franco.

São Paulo, 7 de outubro de 2015. Ricardo Mair Anafe, relator designado.

- 1. Cuida-se de apelação contra decisão proferida pelo Juízo Corregedor Permanente do
- 1.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que julgou procedente a dúvida suscitada.

A dúvida, em apertada síntese, consiste na possibilidade ou não de se registrar formal de partilha expedido nos autos do inventário de Annibal Bertolla e Rosa Mammocci Bertolla, em que não constou o correto estado civil de um dos herdei-

<sup>1.</sup> Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

ros filhos. O herdeiro Claudio ainda é casado com Lúcia (fl.), mas constou como separado, exigindo o Oficial do Registro de Imóveis a qualificação completa do cônjuge e o regime de bens do casamento.

É o relatório.

2. Respeitado entendimento diverso do Excelentíssimo Desembargador Relator Corregedor Geral da Justiça, o recurso não merece provimento.

Em primeiro lugar, interessante anotar que o próprio Eminente Relator, no ultimo parágrafo de seu respeitável voto, acabou por admitir a necessidade da correta qualificação do herdeiro Cláudio, inclusive de seu cônjuge e o regime de bens do casamento, objeto da exigência que ensejou a nota de devolução questionada na presente Apelação. Nesse diapasão, data vênia, seria o caso de se manter tal exigência e julgar procedente a dúvida, desprovendo o recurso.

Não compete ao juízo registrário, em sede de dúvida, afastar ou reconhecer direitos de terceiros. Portanto, não se há de reconhecer a existência de eventual direito do cônjuge à metade da parte cabente ao herdeiro, nem tampouco a exclusão desse direito, como pretendem os apelantes.

Não compete ao Juízo do Inventário, igualmente, excluir direitos de terceiros (vide art. 1.001 do CPC), especialmente porque essa questão não foi sequer ventilada nos autos do inventário. A esse respeito, importante frisar o teor da sentença que homologou a partilha judicial (fl.): "em consequência, atribuo a cada um dos interessados o respectivo quinhão, ressalvados erros, omissões ou direitos de terceiros". (grifei)

Evidentemente, diante da sentença, *não há como se presumir* a exclusão dos direitos da cônjuge do herdeiro, o qual, frise-se, perante os Registros Públicos, continua casado em regime de comunhão universal de bens, com pacto antenupcial.

Embora se alegue a separação de fato do casal na época do falecimento dos pais de Claudio, o que, de acordo com a jurisprudência dominante excluiria o direito à meação, essa exclusão ainda *não* foi expressamente determinada por decisão judicial alguma. A interessada também não a reconheceu expressamente.

Não se está, de modo algum, pretendendo adentrar o mérito da sentença de partilha, mas apenas realizando-se um juízo de legalidade formal: a correta qualificação de um dos herdeiros, que não é separado como constou do plano de partilha homologado (fl.), mas casado em comunhão universal de bens com pacto antenupcial (fl.). Essa correta qualificação é exigida expressamente no art. 176, § 1.°, alínea 4-a, da Lei 6.015/76.

Pelo princípio de *saisine*, desde o falecimento do proprietário *os direitos* sobre o imóvel foram transferidos aos herdeiros (art. 1.784 do CC: "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários").

De acordo com o plano de partilha, o imóvel em questão (matrícula 82 do 1.º Registro de Imóveis da Capital) foi atribuído aos três herdeiros filhos.

Porém, da partilha em questão, homologada judicialmente (fl.), nada constou sobre o quinhão hereditário (1/6) da cônjuge de Claudio (vide fl.), nem tampouco houve renúncia expressa desta.

Ora, neste cenário, ex vi do disposto no art. 1.784 do CC, lícito concluir que a quota parte da cônjuge Lúcia *não foi objeto de partilha*, de modo que Claudio *não* poderia transferir 1/3 do imóvel integralmente para o seu nome como pretendido.

Há necessariamente de ser resguardada a quota parte da co-herdeira enquanto a exclusão do seu direito não estiver cabalmente elucidada.

Essa cautela decorre dos princípios da legalidade, da disponibilidade e da continuidade.

O que se busca com os Registros Públicos desde os seus primórdios é a maior fidelidade possível à realidade existente no mundo jurídico. Isso para evitar que alguém possa dispor de algo que não é seu, sempre como norte as máximas romanas do suum cuique tribuere e neminem laedere.

Consoante ensinamento de Afrânio de Carvalho:

"o princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transforma-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público. (...) A sua essência repousa na necessidade de fazer com que o registro reflita com a maior fidelidade possível a realidade jurídica. Ao exigir-se que todo aquele que dispõe de um direito esteja inscrito como seu titular no registro, impede-se que o não titular dele disponha". (grifei)<sup>2</sup>.

Pois bem.

Se o formal de partilha for registrado sem que se esclareça o destino da quota parte da cônjuge-herdeira (1/6), plantar-se-á, indubitavelmente, uma *lacuna* no registro do imóvel em questão, ferindo o princípio de continuidade.

Não se trata, como se vê, de invadir o mérito da sentença de partilha, mas de resguardar os dispositivos legais que tratam dos direitos sucessórios e também da segurança dos registros públicos.

<sup>2.</sup> Registro de Imóveis, 3.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1.982, p. 304/305.

Por epítome, a recusa do Digno Oficial do Registro de Imóveis foi correta porque o herdeiro Claudio não tem disponibilidade, *ainda*, sobre a integralidade de 1/3 do imóvel, devendo ser resguardada, diante do princípio de *saisine*, a parte cabente à cônjuge, cuja parte ideal não fora objeto de partilha judicial nem expressa renúncia.

Outrossim, o título a ser registrado contém erro na qualificação do herdeiro, que constou como separado, quando, na verdade, é casado em regime de comunhão universal de bens, embora haja processo de divórcio em curso.

3. Ante o exposto, pelo arrimo esposado, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Ricardo Mair Anafe, Presidente da Seção de Direito Público.

### DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Voto 21.686.

Conselho Superior da Magistratura

Os apelantes, Regina Célia Certolla Alocca, Cláudio Bertolla e Aníbal Bertolla Júnior recorrem da decisão que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis. Suscitara o Registrador a dúvida, questionando a qualificação de um dos herdeiros — Cláudio — que figurava no formal como "separado de fato". De acordo com o Oficial, era preciso mais que essa indicação para que o formal de partilha apresentado atendesse a todos os requisitos de inscrição.

Não obstante os fundamentos expostos pelo d. Relator, o Corregedor Geral da Justiça, ouso dele divergir quanto à posição esposada.

Sustentam os recorrentes que a ex-esposa de Cláudio não tem nenhum direito sobre os bens herdados, uma vez que antes da morte dos autores da herança, o casal já estava separado de fato e, com o posterior desfazimento da sociedade conjugal, os efeitos da decisão retroagiriam para a data da separação de corpos.

Em assim sendo, era descabida a exigência de qualificação do herdeiro no formal de partilha. E, para além disso, ao se acolher a dúvida, promover-se-ia, de forma indireta, a revisão da decisão judicial.

É certo, porém, que mesmo os títulos judiciais submetem-se à qualificação registraria.

Conforme pacífico entendimento do E. Conselho Superior da Magistratura:

Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registraria, sob o estrito ângulo da regularidade formal, O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental (ApCiv 31881-0/1)".

Portanto, não se dispensa o juízo de qualificação registral pela origem judicial do título: a conferência destinada ao exame do preenchimento das formalidades legais atreladas ao ato registral é imprescindível, inclusive nos termos do item 106 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

É nesse sentido a doutrina de Afrânio de Carvalho:

Assim como a inscrição pode ter por base atos negociais e atos judiciais, o exame da legalidade aplica-se a uns e a outros. Está visto, porém, que, quando tiver por objeto atos judiciais, será muito mais limitado, cingindo-se à conexão dos respectivos dados com o registro e à formalização instrumental.<sup>3</sup>

Nessa vertente, a conexão dos dados constantes do título com o registro é essencial para se garantir o cumprimento do princípio da qualificação. E o Oficial de Registro é independente para realizar a qualificação dos documentos a ele apresentados, garantindo a legalidade para o lançamento do título no Fólio Real.

A qualificação registral está fundada nos princípios da especialidade subjetiva e da continuidade registral – a exigirem ambas, no caso, a prévia retificação relativa à qualificação da esposa de Cláudio, incompleta no formal.

A bem da verdade, a própria indicação de "separado de fato", que não corresponde a um estado civil, o que não satisfaz à exigência da completude dos dados do adquirente.

Note-se que não se trata aqui de revisão da decisão judicial. A sentença do formal é expressa ao ressalvar possíveis erros e omissões.

E, no caso houve omissão quanto ao quinhão que caberia à cônjuge de Cláudio. A ela caberia uma parte porque, quando do momento da partilha dos bens do casal, já se haviam transferido os direitos aos herdeiros sobre o imóvel. Essa conclusão é inafastável, porque a morte dos antigos proprietários precede ao desfazimento da sociedade conjugal de Cláudio.

Esse entendimento não destoa da decisão proferida nos autos 0001717-77.2013.8.26.0071. Diferentemente do caso em pauta, no acórdão indicado, o título judicial fez referência expressa à partilha do bem ao herdeiro judicialmente separado. Nessa situação, que não se repete neste recurso, afastou-se a possibilidade de se rediscutir em sede administrativa a partilha levada a cabo no processo judicial.

Portanto, não se equiparam os casos. Não se questiona aqui a regularidade da partilha de bens a herdeiro judicialmente separado. O que não se pode ter como regular é admitir-se a quebra de continuidade na transmissão do imóvel: se o herdeiro Cláudio recebeu o imóvel na condição de casado, a ex-esposa tem direito a uma parte e o formal, para ser registrado, a essa situação deve se reportar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça.

<sup>3.</sup> CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis, Rio, Forense, 3.ª ed., pág. 300.

### DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE VOTO 31.331

1. Regina Célia Bertolla Alocca, Cláudio Bertolla e Aníbal Bertolla Júnior interpuseram apelação (fls.) contra a sentença (fls.) que deu por procedente a dúvida suscitada perante o Juízo Corregedor Permanente do 1.º Oficial de Registro de Imóveis da comarca de São Paulo.

A sentença manteve a exigência de que, para o registro stricto sensu da partilha dos bens deixados pelos pais dos apelantes, fosse retificado o formal, porque nele o herdeiro Cláudio fora erroneamente qualificado como separado de fato, e por isso não constaram quais fossem o seu cônjuge e o regime de bens do matrimônio.

Segundo os apelantes, o herdeiro Cláudio havia obtido ordem judicial de separação de corpos em 3 de março de 2011 (fls.). Os autores da herança só vieram a falecer depois dessa data, em 19 de setembro de 2011 e 13 de março de 2012, e é certo que os efeitos patrimoniais da futura dissolução do casamento retroagirão para a data da separação de corpos. Logo, o cônjuge de Cláudio não podia ter nenhum direito sobre os bens herdados, e por isso não havia motivo para que fosse ela qualificada por ocasião da partilha. Além disso, a questão já foi implicitamente decidida aquando da homologação da partilha, e o ofício de registro de imóveis não pode pretender rever o que já foi estabelecido na esfera jurisdicional. Por todas essas razões, a sentença deve ser reformada, para que, afastada a exigência, se proceda ao registro *stricto sensu* da partilha, como rogado.

2. Respeitado o entendimento do eminente Desembargador Relator, a apelação não deve ser provida.

Ao tratar dos requisitos dos registros *stricto sensu*, a LRP/1973, art. 176, § 1.°, III, 2, exige que o adquirente (aqui, o herdeiro e apelante Cláudio) seja qualificado com seu estado civil. Por conseguinte, os títulos formais (notariais, privados, judiciais ou administrativos, não importa) que não preencherem essa exigência não cumprem todos os requisitos de inscrição, e ao ofício de registro de imóveis não resta outra solução, a não ser denegar o registro, enquanto o defeito não for sanado (LRP/1973, art. 198).

É exatamente esse o caso destes autos: o título (um formal de partilha) não traz a qualificação completa de todos os adquirentes, pois o herdeiro Cláudio foi qualificado como "separado de fato", o que não é estado civil. Portanto, o registro stricto sensu tinha mesmo de ser recusado.

Não favorece os apelantes as alegações de que o título tenha origem judicial e de que a questão acerca do estado civil de Cláudio tenha sido resolvida no ato de homologação de partilha. De um lado, a origem do título formal, qualquer que seja, nunca impede o exame dos requisitos do registro, o que é dever do ofício de registro de imóveis. De outro lado, não está correto afirmar que o problema tenha sido objeto de provimento jurisdicional, pois tanto o juízo não disse nada a respeito (e a partilha, note-se, foi homologada com ressalva de erros e omissões – cf. fls.),

que os próprios apelantes, mais de uma vez, ressalvaram que a decisão a respeito haveria sido "implícita" (fls. e fls., item).

Também não justifica que se afaste a exigência da correta qualificação de Cláudio o fato de que, aquando da futura dissolução do casamento, os efeitos da sociedade conjugal se possam considerar cessados desde a data da separação de corpos. Ainda que assim venha a ocorrer, é certo que, de qualquer forma, Cláudio era casado na data da abertura de ambas as sucessões, e é isso que tem de constar do registro *stricto sensu*, para que não se dê violação ao princípio da continuidade (LRP/1973, arts. 195 e 237): o registro, sem se permitir dispensar exigência legal por força de mero prognóstico, tem de retratar o que havia no momento da transmissão, e naquela data o herdeiro Cláudio ainda estava casado no regime da comunhão universal (fls.).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.
 Artur Marques da Silva Filho, residente da Seção de Direito Privado.

# DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO VOTO 34.224

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do Primeiro Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a exigência decorrente do exame do formal de partilha apresentado, referente ao imóvel matriculado sob número 82, deixado pelo falecimento de Annibal Bertolla e de Rosa Mammocci Bertolla, em razão da necessidade de complementação dos dados do herdeiro Cláudio Bertolla, qualificado "com medida cautelar de separação de corpos em vigor", para fins de inserção do nome e qualificação de sua esposa, sob o fundamento de que a qualificação do título foi correta, restrita ao aspecto formal, e que matéria acerca de direito sucessório deve ser resolvida na via jurisdicional.

Os apelantes afirmam, em síntese, que o estado civil do herdeiro Cláudio consta do formal e que a conclusão pela ausência do direito à herança da ex-esposa e sua consequente exclusão da partilha, já foram objeto de decisão judicial previamente à expedição do formal de partilha, o que impede a propositura de outra ação para discutir questão já tratada pelo juiz competente.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Tramitou na 10.ª Vara da Família e Sucessões Central o inventário dos bens deixados por Annibal Bertolla e Rosa Mammocci Bertolla (autos 0050030-50.2011.8.26.0100).

Ao cabo do referido processo, o MM. Juiz homologou a partilha de bens, nos termos da qual o imóvel descrito na matrícula 82 do 1.º Registro de Imóveis da Comarca da Capital, foi partilhado ao herdeiro Cláudio Bertolla, na proporção

de 1/3 (um terço) correspondente à sua quota-parte, excluída a cônjuge Lúcia de Araújo Bertolla.

Apresentado o formal a registro, sobreveio a recusa do 1.º Oficial do Registro de Imóveis, ao argumento de que é necessário indicar o nome da esposa de Cláudio Bertolla, os números do RG e CPF, nacionalidade, profissão, regime de bens e época do casamento, e, se adotado regime diverso do legal, o número do registro da escritura de pacto antenupcial e o cartório em que foi registrado, em observância às Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça e Lei de Registros Públicos. Argumentou ainda o Oficial que a sentença homologatória da partilha não apreciou expressamente essa questão atinente à participação da cônjuge na herança, se for a hipótese por força do regime de bens, e que somente decisão judicial poderia afastá-la.

Louvável embora o zelo do registrador, verifica-se que, no caso, desbordou ele de seu poder-dever de qualificação, na medida em que, na esfera administrativa, tentou reabrir discussão acerca do que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado.

Com efeito, se o Juízo da Família e das Sucessões partilhou os bens, dentre eles o imóvel objeto deste procedimento de dúvida, de maneira a excluir a cônjuge do herdeiro Cláudio, pois homologou o plano de partilha tal como apresentado, e se essa decisão transitou em julgado, não cabe ao registrador, sobrepondo-se ao entendimento judicial, recusar o ingresso do título sob o fundamento de que pelo fato de se tratar de herdeiro casado, dependendo do regime de bens do casamento deveria receber a mulher a aludida fração.

O mínimo que se deve presumir é que, se o juiz assim decidiu, é porque entendeu de forma contrária ao Oficial de Registro.

Assim, cabia ao registrador realizar o exame extrínseco do título e confrontá-lo aos princípios registrais e verificar se algum deles foi rompido. Ao questionar o fato de um dos cônjuges ser casado e exigir os dados da mulher para se for o caso incluí-la na partilha dos bens, ingressou no mérito e no acerto da sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registral por se tratar de elemento intrínseco do título. Assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a via administrativa reformasse o mérito da jurisdicional.

### Afrânio de Carvalho ensina:

Assim como a inscrição pode ter por base atos negociais e atos judiciais, o exame da legalidade aplica-se a uns e a outros. Está visto, porém, que, quando tiver por objeto atos judiciais, será muito mais limitado, cingindo-se à conexão dos respectivos dados com o registro e à formalização instrumental. Não compete ao registrador averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, sem entrar no mérito do assunto neles envolvido, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do Juiz" (Registro de Imóveis, Forense, 3.ª ed., pág. 300).

No mesmo sentido, decisão da 1.ª Vara de Registros Públicos, de lavra do MM. Juiz

Narciso Orlandi Neto, quando se anotou:

Não compete ao Oficial discutir as questões decididas no processo de inventário, incluindo a obediência ou não às disposições do CC, relativas à ordem da vocação hereditária (art. 1.603). No processo de dúvida, de natureza administrativa, tais questões também não podem ser discutidas. Apresentado o título, incumbe ao Oficial verificar a satisfação dos requisitos do registro, examinando os aspectos extrínsecos do título e a observância das regras existentes na Lei de Registros Públicos.

Para usar as palavras do eminente Des. Adriano Marrey, ao relatar a ApCiv 87-0, de São Bernardo do Campo, "Não cabe ao Serventuário questionar ponto decidido pelo Juiz, mas lhe compete o exame do título à luz dos princípios normativos do Registro de Imóveis, um dos quais o da continuidade mencionada no art. 195 da Lei de Registros Públicos. Assim, não cabe ao Oficial exigir que este ou aquele seja excluído da partilha, assim como não pode exigir que outro seja nela incluído. Tais questões, presume-se, foram já examinadas no processo judicial de inventário." (Processo 973/81)

Mais recentemente, em julgamento do qual participei, este Conselho, sob a relatoria do ilustre Desembargador José Rernato Nalini, que me antecedeu na Corregedoria, ratificou a impossibilidade de o registrador examinar o mérito da decisão judicial:

No caso em exame, o Oficial recusou o ingresso do formal de partilha, pois da análise do formal de partilha percebe-se que quando do óbito de Basílio Ferreira o interessado Basílio Ferreira Filho era casado pelo regime da comunhão universal de bens com Eliane Fernandes Ferreira. Por outro lado, quando do óbito de Antonia Madureira Ferreira, Basilio Ferreira Filho já era separado judicialmente. Portanto, o auto de partilha deve refletir as consequências patrimoniais decorrentes da Saisini relativamente ao estado civil do herdeiro (fls.).

A qualificação do Oficial de Registro de Imóveis, ao questionar o título judicial, ingressou no mérito e no acerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registral por se tratar de elemento intrínseco do título. Assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a via administrativa reformasse o mérito da jurisdicional. (ApCiv 0001717-77.2013.8.26.0071, rel. José Renato Nalini).

Em caso de eventual desacerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, poderá a interessada valer-se dos recursos e ações previstos no ordenamento jurídico. O que não se permite é que a qualificação registrária reveja o mérito da sentença judicial que já transitou em julgado.

Não se confunda o presente caso com aqueles em que o Oficial de Registro de Imóveis devolve o título por conter vício de ordem formal (extrínseca), e o MM. Juízo que o gerou, em sede jurisdicional e de forma específica, examina e afasta a exigência que era pertinente porquanto restrita aos aspectos formais do título judicial.

Aqui, diferentemente, a qualificação do Oficial recaiu sobre o mérito do título judicial, questionando o fato de a mulher de um dos herdeiros não ter sido qualificada e não ter sido incluída na partilha dos bens, se fosse o caso, de acordo com o regime de bens adotado.

Assim, a recusa do Oficial de Registro de Imóveis deve ser afastada porque o título encontra-se formalmente em ordem, com a observação de que por ocasião do registro, deverá constar na qualificação do herdeiro Cláudio os dados comprovados pelos documentos instruídos com o título, dentre eles, a certidão de casamento e o pacto antenupcial decorrente do regime de bens vigente (fls.).

Tais as razões pelas quais por meu voto dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida com a observação supra.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e Relator, vencido.

### **C**OMENTÁRIO

# Qualificação Registral de Títulos Judiciais - Formal de Partilha

A apelação cível em comento teve origem na suscitação de dúvida feita pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, a requerimento dos interessados, haja vista a negativa de registro do formal de partilha, por estar incorreta a qualificação de um dos herdeiros, bem como por faltar a qualificação de sua esposa.

Alegaram os interessados que a questão já tinha sido considerada implicitamente na sentença que homologou a partilha, visto que a separação de fato teria ocorrido antes da morte dos genitores e, sendo assim, sua ex-esposa não seria herdeira, informando inclusive que a ação de divórcio estava pendente de julgamento.

A juíza corregedora da 1ª Vara de Registros Públicos julgou a dúvida procedente. Inconformados, os interessados apelaram de referida decisão, tendo o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, negado provimento ao recurso.

Tendo em vista o título submetido ao registro ter origem judicial cabe indagarmos, à guisa da matéria, em tese, ter sido devidamente observada pelo juiz, se o mesmo está imune à qualificação registral, ou se deve o Oficial proceder à análise do título e observar os princípios atinentes aos registros públicos, principalmente o da legalidade, tendo em vista a tutela da segurança jurídica dos registros.

# 1. FORMAL DE PARTILHA

O formal de partilha é o documento de natureza pública expedido pelo juízo competente, ou seja, um título judicial. Com a expedição do formal, que reporta a partilha que se dá no bojo do inventário, deixa o acervo de bens de ser uma *res communis* e passa a pertencer a cada um dos herdeiros, permitindo, a estes, o regular exercício de direitos e deveres advindos da cessação das relações jurídicas entre as pessoas integrantes do inventário.

A partilha poderá ser judicial (arts. 2015 e 2016 do CC), materializada por meio do formal de partilha ou carta de adjudicação, ou extrajudicial (§ 1.º do art. 610 do mesmo diploma legal), sendo consubstanciada por meio de uma escritura pública.

O art. 654 do CPC dispõe que o juiz julgará por sentença a partilha e, após o trânsito em julgado, receberão os herdeiros os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, do qual constarão as peças elencadas no art. 655 do mesmo CPC.

Por fim, de posse do formal de partilha, os interessados poderão registrá-lo no Registro de Imóveis competente da circunscrição do imóvel, sendo o ingresso de referido título no fólio real previsto no inc. IV do art. 221 da LRP.

# 2. Inventário e Partilha – Jurisdição Voluntária

O Novo Código de Processo Civil dispõe sobre o procedimento de inventário e partilha nos arts. 610 a 6 73, inseridos no Livro I, que cuida do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença, Título III, que sistematiza os procedimentos especiais.

Alguns doutrinadores defendem que o inventário e a partilha seriam exemplos de jurisdição contenciosa, já que o procedimento não está previsto no rol dos procedimentos de jurisdição voluntária elencados nos arts. 719 a 770 do CPC.

Ocorre que, não só pela localização do procedimento no código se define qual o tipo de jurisdição, mas principalmente pelo fato de não haver composição de lide, e sim administração pública de interesses privados. Sendo assim, se os interessados, mesmo quando capazes e de acordo venham a optar por homologar a partilha perante o judiciário, o procedimento será de jurisdição voluntária. Frederico Marques,4 discorrendo sobre a jurisdição voluntária, nos indica que:

"a) como função estatal, ela tem a natureza administrativa, sob o aspecto material, é o ato judiciário, no plano subjetivo orgânico;

b) em relação à suas finalidades, é função preventiva e também constitutiva".

Neste sentido, Marcelo Augusto Santana de Melo,5 concluiu que "a atuação dos juízes na jurisdição voluntária é administrativa; a participação da magistratura não pode outorgar ao ato a natureza jurisdicional, já que não existe coisa julgada e muito menos partes no sentido estrito".

<sup>4.</sup> MARQUES, Frederico. Manual de Direito Processual Civil, v. I, n. 62. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 79.

<sup>5.</sup> MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria Geral do Registro de Imóveis: estrutura e função.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2016. p. 160.

Temos na jurisdição voluntária um processo não litigioso, em que houve tão somente a homologação da partilha por parte do magistrado, portanto, não se trata de ato jurisdicional, mas sim de ato administrativo que não produz coisa julgada.

Corrobora com este entendimento o fato da partilha amigável, visto tratar-se de ato jurídico e não ter a proteção da coisa julgada, poder ser anulada nos termos do art. 657 do NCPC; ao passo que, será rescindível a partilha julgada por sentença, conforme art. 658 do mesmo diploma legal.

Conforme o Registrador Leonardo Brandelli,6 no tocante à qualificação registral do formal de partilha oriundo de divisão amigável, temos que "não havendo nem ato de jurisdição, nem coisa julgada, nos casos de mera homologação a qualificação registrária deve perquirir a respeito do correto cumprimento das normas acerca da ordem de vocação hereditária, das disposições testamentárias, do pagamento dos quinhões etc., além das formais, processuais (formalidades processuais do título, competência absoluta etc.) e registrais (continuidade, especialidade etc.)".

Não ocorreria o mesmo se a partilha fosse julgada por sentença, pois, nesse caso, estaria configurado o litígio e o juiz teria analisado o mérito da causa, sendo, portanto, um ato jurisdicional protegido pela coisa julgada, sendo assim, ao registrador não caberia a análise das questões materiais já vistas pelo magistrado mas, tão somente, os aspectos formais e o cumprimento dos princípios registrais.

Vale frisar que muitos procedimentos de jurisdição voluntária, de competência do Poder Judiciário, com a desjudicialização estão sendo desempenhados por tabeliães, como é o caso do inventário e das separações consensuais, conforme a Lei 11.441/2007.

### 3. Títulos Judiciais

Conforme João Baptista Galhardo<sup>7</sup> "título (...) é a fonte do registro, ou seja, o contrato, o papel, o instrumento, o suporte material do ajuste entre as partes. Também é título judicial a ordem ou a certidão de atos judiciais constantes de documentos expedidos pelo judiciário".

Interessam ao tema ora abordado, somente os títulos judiciais, cujo rol é numerado no inc. I do art. 167 da LRP, estando previsto o registro dos formais de partilha no item 25 de referido inciso.

Os títulos judiciais, conforme Marcelo Fortes Barbosa Filho,8 "à semelhança do que ocorre com os chamados títulos não-judiciais ou extrajudiciais, hão de ser levados ao conhecimento do registrador, pois só a consecução do ato de registro poderá, entre particulares, dotar de plena eficácia a decisão judicial antecedente, derivada da declaração da presença de um título legitimário, posicionando um dado sujeito de direito diante de um bem imóve!".

Importante instar que, em regra, o título judicial difere da ordem judicial. A ordem judicial não tem o condão de provocar mutações jurídicas, mas sim inserir limites em situações jurídicas já existentes. Isso torna o exame de qualificação do registrador mais limitado, podendo o registrador se recusar ao seu cumprimento somente em casos de total impossibilidade.

<sup>6.</sup> BRANDELLI, Leonardo. O direito das sucessões e sua publicidade registral imobiliária. *Revista Trimestral de Direito Civil RTCD*, ano 12, v. 47, jul. a set. 2011, p. 83.

<sup>7.</sup> GALHARDO, João Batista. Títulos Judiciais e o Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Ed. RT, ano 26. p. 117.

<sup>8.</sup> FILHO, Marcelo Fortes Barbosa. O Registro de Imóveis, Os Títulos Judiciais e as Ordens Judiciais. *Revista de Direito Imobiliário.* São Paulo: Ed. RT. ano 23. jul. a dez. de 2000. p. 56.

## 4. Qualificação dos Títulos Judiciais

Com base na Lei 8.935/1994, é certo que o registrador goza de autonomia na sua função qualificadora de análise dos títulos que lhe são apresentados para registro, decidindo pelo acesso ou não do título ao fólio real. A qualificação também é tutelada no art. 198 da LRP que prescreve: "havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito".

O Desembargador Ricardo Dip<sup>9</sup> conceitua a qualificação registral como sendo "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 irregistração".

Sendo assim, há autonomia do registrador na análise do título judicial, aplicando-lhes as regras e princípios inerentes ao exame de qualificação. Cabe ao registrador examinar as formalidades extrínsecas e estabelecer, conforme Afrânio de Carvalho<sup>10</sup>, "a conexão dos respectivos dados com o registro e a formalização instrumental".

É pacífica a orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo que os títulos judiciais, dentre eles o formal de partilha, devem ser qualificados, ficando submetidos aos princípios que regem o direito registrário. Nesse seguimento, vide Apelação Cível 1.240-6/4, j. 16.03.2010, *DJ* 10.05.2010, rel. Des. Munhoz Soares.<sup>11</sup>

A qualificação registral deve, inclusive, analisar o mérito, ou seja, questões materiais como vocação hereditária, cumprimento de disposições testamentárias e pagamento de quinhões, quando se tratar de partilhas oriundas de decisões meramente homologatórias, pois como já visto anteriormente, tais decisões por serem de jurisdição voluntária têm caráter administrativo e não produzem coisa julgada, portanto, cabe ao registrador a análise do mérito, não significando tal ato nenhuma afronta a decisão judicial, tendo em vista que esta não existe.

Ressalta-se, ainda, que é de suma importância a qualificação registral no caso dos formais de partilha, haja vista que com frequência a frase "ressalvados erros e omissões" aparecem amiúde nesses títulos, como no caso em tela.

Foi justamente o erro e a omissão referente à correta qualificação das partes que fez com que o título fosse devolvido, pois, "separado de fato" não é estado civil; logo o herdeiro ainda era casado, devendo o mesmo ser qualificado como casado, com a devida qualificação da esposa e o regime de bens. Tais exigências são importantes dadas as repercussões que o estado civil e o regime de bens têm sobre o patrimônio do casal.

Conforme o Des. Marcelo Martins Berthe<sup>12</sup> "(...) verificado o preenchimento dos requisitos de ordem formal, num segundo passo deverá o registrador tomar em consideração a adequação do título judicial, tendo em conta o seu conteúdo, isto é, cumprirá cogitar de sua causa ou fundamento jurídico, questionando a registrabilidade do direito retratado no instrumento (...) Finalmente, o título deverá submeter-se aos demais aspectos da legalidade extrínsecos, como antes já enfocado, os quais são resultantes daqueles outros vários interesses que, embora não essencialmente registrá-

<sup>9.</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. Qualificação Registral. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 29, jan.-jun., 1992. p. 40.

<sup>10.</sup> CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. Ed. Forense. p. 300.

<sup>11.</sup> KOLLEMATA: [http://goo.gl/8lkZnf].

<sup>12.</sup> BERTHE, Marcelo Martins. Títulos Judiciais e o Registro Imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 20. p. 60.

rios, também são preventivamente protegidos e controlados no registro predial e, portanto, devem ser objeto de qualificação".

Nesse sentido, Leonardo Brandelli<sup>13</sup> frisa que "o Registrador Imobiliário, no seu labor, deve analisar juridicamente os títulos submetidos a registro, e somente acatar títulos que sejam conformes ao ordenamento jurídico. O Registrador não pode ser o sustentáculo de ilicitudes; não pode publicizar atos contrários ao Direito".

Frisa ainda o doutrinador supra que "o Registrador, no seu labor de qualificação (análise jurídica dos títulos submetidos ao registro), tem o dever de verificar a licitude do que se lhe pede que registre. Se lícito for, deve publicizar; se ilícito, deve recusar o registro, indicando os motivos pelos quais o faz. O Registrador tem o dever jurídico de realizar essa análise de conformidade com o ordenamento jurídico, tem o dever de realizar em todos os títulos apresentados para registro, sejam públicos ou particulares, judiciais ou extrajudiciais".

# 5. Princípios Registrais e a Segurança Jurídica da Qualificação Registral

Celso Antônio Bandeira de Mello, <sup>14</sup> de uma forma bem abrangente, considera que "princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".

Os princípios registrais que são analisados na fase da qualificação registral têm o condão de garantir a eficácia, bem como a segurança jurídica dos negócios que ingressam no fólio real. Sendo assim, o princípio basilar da qualificação registral é o princípio da legalidade.

Nos ensina Marcelo Rodrigues<sup>15</sup> que: "A qualificação dos títulos prenotados no Protocolo tem por base o princípio da legalidade ou da legitimidade que a exemplo do Direito alemão foi adotado pelo Direito brasileiro, cujo núcleo tem por premissa assegurar que a validade da inscrição fique subordinada à validade do negócio jurídico que lhe deu causa, bem como a faculdade de disposição do alienante. A diferença reside em que o Direito alemão confere ao registro efeito saneador de todo e qualquer vício, dele emergindo presunção absoluta de validade, ao passo que o Direito brasileiro apenas confere ao registro presunção relativa de veracidade, passível de questionamento judicial mediante a produção de prova em contrário, dado que em nosso sistema o registro, embora em regra constitutivo de direito não é saneador, nem convalidante de vícios no negócio ou acordo jurídico obrigacional do qual se origina. Assegurar a correspondência entre a situação jurídica expressada no acordo de vontade jurídico-obrigacional e os direitos e elementos constantes do registro é objetivo da maior importância à segurança jurídica e à segurança do comércio, de forma a justificar a confiança depositada pela população no sistema de publicidade registral. Incumbe ao oficial

<sup>13.</sup> BRANDELLI, Leonardo. O direito das sucessões e sua publicidade registral imobiliária. *Revista Trimestral de Direito Civil RTCD*, ano 12, v. 47, jul. a set., 2011, p. 76.

<sup>14.</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1981. p. 230.

<sup>15.</sup> RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial.* São Paulo: Ed. Atlas, 2014. p. 159/160.

impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela legislação, pelo exame e verificação de seus requisitos de validade extrínsecos, independentemente de sua origem, sejam títulos públicos, particulares, ou judiciais. Não se trata de uma simples faculdade. Situa-se como um verdadeiro poder-dever do delegado do registro público, a quem cabe zelar, em primeiro momento, pela regularidade do serviço de forma a evitar que nele se aninhem germes de futuras demandas".

Nesse diapasão, como poderia o registrador garantir o acesso de um título no Registro de Imóveis que não atendesse aos princípios registrais, dando assim ensejo à insegurança jurídica do sistema e, até mesmo, prejudicando terceiros de boa-fé que confiando no registro efetuado, venham a adquirir determinado imóvel e, mais tarde, se deparam com uma possível demanda de anulação do negócio?

Ainda, como deixar de negar acesso a um título judicial que além de não atender aos princípios registrais traz em seu bojo a frase "ressalvados erros, omissões, e direitos de terceiros"?

O registro de imóveis deve dar a devida segurança jurídica aos negócios admitidos ao registro e, com isso, proporcionar a devida proteção que decorre da fé pública, consistente em proporcionar aos futuros adquirentes do imóvel uma posição firme e segura sempre que haja obtido a titularidade, com satisfação de todos os requisitos legais.

### 6. Da acertada negativa de provimento do recurso

*Ex positis*, não poderia ser de outra forma a decisão tomada pelo Conselho Superior de Magistratura de São Paulo ao negar provimento ao recurso de apelação.

A questão central da decisão está ligada em se reconhecer a exclusão do direito do cônjuge, tema que não foi abordado em sede do inventário, constando perante o registro que o herdeiro era casado sob o regime da comunhão universal de bens com pacto antenupcial.

Vale ressaltar que a negativa do registro do formal de partilha não está de nenhum modo se embrenhando no mérito da sentença de partilha, mas exercendo a qualificação sob o aspecto formal, ou seja, a correta qualificação das partes que é expressamente exigida no item "a" da alínea 4 do inc. Il do § 1.º do art. 176 da LRP.

Destacamos a declaração de voto divergente do Desembargador Ricardo Mair Anafe: "neste cenário, ex vi do disposto no artigo 1784 do Código Civil, lícito concluir que a quota parte da cônjuge Lúcia não foi objeto de partilha, de modo que Cláudio não poderia transferir 1/3 do imóvel integralmente para o seu nome como pretendido. Há necessariamente de ser resguardada a quota parte da co-herdeira enquanto a exclusão do seu direito não estiver cabalmente elucidada. Essa cautela decorre dos princípios da legalidade, da disponibilidade e da continuidade".

Sendo assim, caso o formal de partilha fosse registrado, criaria uma falha no registro do imóvel em tela afrontando os princípios da legalidade e da continuidade. Não houve invasão do mérito da sentença, mas sim a proteção dos direitos sucessórios e da própria segurança jurídica dos registros públicos.

Nesse sentido, é conhecido o precedente do STF ao julgar o HC 85.911-9 MG,<sup>16</sup> j. 25.10.2005, *DJ*e 02.12.2005, do Ministro Marco Aurélio, em que o tema da qualificação registral dos títulos judiciais foi enfrentado, sendo pertinente destacar o quanto segue:

<sup>16.</sup> KOLLEMATA: [http://goo.gl/w9dREz].

"O paciente limitou-se a cumprir dever imposto por lei, pela Lei dos Registros Públicos. Examinando título emanado da jurisdição cível especializada do trabalho – carta de adjudicação –, percebeu que não se contaria, no instrumento, com informações e peças exigidas por lei. Como lhe cumpria fazer e diante, ao que tudo indica, de resistência da parte interessada, suscitou a dúvida e aí, mediante pronunciamento que veio a se fazer coberto pela preclusão maior, o Juízo da Vara dos Registros Públicos disse do acerto da recusa em proceder de imediato ao registro, consignando, inclusive, que a observância das exigências legais, após a dúvida levantada, não seria de molde a obstaculizar a decisão.

Assim, não é indispensável definir sobre a possibilidade de se ter, como agente do crime de desobediência, pessoa que implemente atos a partir de função pública, valendo notar, de qualquer maneira, que se procedeu não na condição de particular, não considerado o círculo simplesmente privado, mas por força de delegação do poder público, tal como previsto no artigo 236 da *Constituição Federal*. O que salta os olhos é a impropriedade da formalização do procedimento criminal, provocado que foi por visão distorcida do órgão da Justiça do Trabalho, como se o Direito não se submetesse à organicidade.

Concedo a ordem para fulminar, e essa é a expressão mais adequada ao caso, o procedimento instaurado contra o paciente e que se faz em curso no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte."

### Patrícia Valeska Bigas Rodrigues

Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela EPD-Escola Paulista de Direito. Advogada.

pattyvaleska@yahoo.com.br

### RESENHA

# Inventário e partilha: Estando ainda em trâmite ação de divórcio, não é possível a condição de "separado" ao herdeiro, sendo incorreta sua qualificação desta forma

O caso trata de apelação cível interposta em face da r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial Registrador e impediu o registro de formal de partilha expedido em ação de inventário que não constou o correto estado civil de um dos herdeiros filhos, onde se indicou que tal herdeiro é separado, quando, na verdade, o mesmo ainda permanece casado, tendo em vista encontrar-se em trâmite ação de divórcio.

Ao analisar o recurso, o Presidente da Seção de Direito Público, Des. Ricardo Mair Anafe, entendeu, em síntese, não competir ao juízo registrário, em sede de dúvida, afastar ou reconhecer direitos de terceiros. Desta forma, não se há de reconhecer a existência de eventual direito do cônjuge à metade da parte cabente ao herdeiro, tampouco a exclusão deste direito como pretendem os apelantes. Da mesma forma, apontou que não compete ao Juízo do Inventário excluir direitos de terceiros, conforme art. 1.001 do Código de Processo Civil. Desta forma, afirmou que, diante da sentença,

não há como se presumir a exclusão dos direitos da cônjuge do herdeiro, o qual ainda permanece, perante os Registros Públicos, casado em regime de comunhão universal de bens, com pacto antenupcial. Afirmou, ainda, que embora se alegue a separação de fato do casal à época do falecimento dos pais do herdeiro, o que excluiria o direito à meação, de acordo com a jurisprudência dominante, tal exclusão ainda não foi expressamente determinada por decisão judicial alguma. Assim, de acordo com seu voto, que negou provimento ao recurso, a recusa ao registro do título foi correta, pois, além de incorretamente qualificado o herdeiro, quanto ao seu estado civil, este ainda não possui disponibilidade sobre a integralidade de 1/3 do imóvel, devendo ser resguardada, diante do princípio de saisine, a parte que cabe à cônjuge, cuja parte ideal não fora objeto de partilha judicial nem de renúncia expressa. Por sua vez, em Declaração de Voto Divergente que negou provimento ao recurso, o Presidente do Tribunal de Justiça, Des. José Renato Nalini, afirmou ser descabida a exigência da qualificação do herdeiro no formal de partilha, considerando as razões dos apelantes, no sentido de que a ex-esposa do herdeiro não tem nenhum direito sobre os bens herdados, uma vez que, previamente à morte dos autores da herança, o casal já estava separado de fato e, com o posterior desfazimento da sociedade conjugal, os efeitos da decisão retroagiriam para a data da separação de corpos. Entretanto, afirmou que os títulos judiciais também se submetem à qualificação registrária, sendo essencial a conexão dos dados constantes no título com o registro para que seja garantido o cumprimento do princípio da qualificação. Ademais, entendeu que a qualificação registrária está fundada nos princípios da especialidade subjetiva e da continuidade registral, exigindo-se, no caso, a prévia retificação da qualificação da esposa do herdeiro, incompleta no formal. Da mesma forma, também negando provimento ao recurso, o Des. Artur Marques da Silva Filho, Presidente da Seção de Direito Privado, em Declaração de Voto Divergente, afirmou que a Lei de Registros Públicos, ao tratar dos requisitos dos registros stricto sensu, exige, em seu art. 176, § 1º, III, 2, que o adquirente seja qualificado com seu estado civil. Assim, os títulos formais que não preencherem essa exigência não cumprem todos os requisitos de inscrição, e ao Oficial Registrador, não resta opção senão a denegação do registro enquanto não sanado o defeito. Entendeu, também, que o título apresentado não traz a qualificação completa de todos os adquirentes, pois o herdeiro foi qualificado como "separado de fato", o que não é estado civil, sendo correto, portanto, o impedimento do registro. Por fim, o Des. Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator, em Declaração de Voto Vencido, entendeu que o Oficial Registrador desbordou de seu poder-dever de qualificação, na medida em que, em âmbito administrativo, tentou reabrir discussão acerca do que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado. Para o relator, cabia ao Oficial Registrador o exame extrínseco do título e sua confrontação com os princípios registrais. Ao questionar o fato de um dos cônjuges ser casado e exigir os dados da mulher para, se for o caso, incluí-la na partilha dos bens, ingressou no mérito e no acerto da sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registrária por se tratar de elemento intrínseco do título.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o relator, mantendo o óbice ao registro do formal de partilha.

### 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 TJSP – *Ap 1055983-36.2015.8.26.0100* – j. 08.04.2016 – v.u. – rel. Des. Pereira Calças – *DJe* 08.06.2016 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Doação pura em favor de menores impúberes – Admissibilidade – Consentimento ficto ex lege – Autorização judicial prescindível – Inaplicabilidade do art. 1.691 do Código Civil e do item 41, e, do Cap. XIV das NSCGJ – Escritura de doação hábil a ingressar no fólio real – Desqualificação registral afastada.

### Veja também Jurisprudência

- RT 911/982 (JRP\2011\3519), RePro 248 (JRP\2015\3372), RDPriv 70/299 (JRP\2016\2769).
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2015\30399.

### Veja também Doutrina

- Da doação a incapaz voltemos antes os olhos ao caso concreto, de Sérgio Jacomino RDI 79/413-418 (DTR\2016\30); e
- Efeitos da doação no registro de imóveis, de Elvino Silva Filho RDI 20/7-36 (DTR\1987\209).

Ap 1055983-36.2015.8.26.0100.

Apelante: Luis Medici.

Apelado: 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Voto 29.173.

Ementa:¹ REGISTRO DE IMÓVEIS – Doação pura em favor de menores impúberes – Consentimento ficto, ex lege (art. 543 do CC) – Autorização judicial prescindível – Inaplicabilidade do art. 1.691 do CC e do item 41, e, do Cap. XIV das NSCGJ – Escritura de doação hábil a ingressar no fólio real – Desqualificação registral afastada – Sentença reformada – Recurso provido.

<sup>1.</sup> Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos do(a) Ap 1055983-36.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são partes é apelante Luis Medici, é apelado 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro da escritura de doação com reserva de usufruto, v.u. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Des. Paulo Dimas Mascaretti (Presidente), Ademir Benedito, Xavier de Aquino, Luiz Antonio de Godoy, Ricardo Dip e Salles Abreu.

São Paulo, 8 de abril de 2016. Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça e relator.

O Oficial de Registro, ao suscitar dúvida e justificar a desqualificação da escritura de doação com reserva de usufruto, afirmou ser necessária autorização judicial para fins de registro, pois dois dos donatários são menores impúberes. Argumentou que o ato da representante dos menores ultrapassa a simples administração. Ponderou que o genitor dos menores não consta da escritura e inexiste grau de parentesco com os donatários.<sup>2</sup>

Certificado o decurso do prazo para impugnação,<sup>3</sup> e após parecer do Ministério Público,<sup>4</sup> a dúvida foi julgada procedente,<sup>5</sup> razão pela qual o doador, interessado, sustentando a incidência do art. 543 do CC e a desnecessidade da outorga judicial, interpôs recurso de apelação,<sup>6</sup> recebido no duplo efeito<sup>7</sup>. Enviados os autos ao C.

Conselho Superior da Magistratura, a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do recurso.8

É o relatório.

O recorrente, na qualidade de proprietário do imóvel identificado na *transcrição* 73.355 do 5.º Registro de Imóveis desta Capital<sup>9</sup>, doou-o aos *menores impúberes* 

<sup>2.</sup> Fls. 1-3.

<sup>3.</sup> Fls. 38.

<sup>4.</sup> Fls. 41-42.

<sup>5.</sup> Fls. 43-45.

<sup>6.</sup> Fls. 55-63.

<sup>7.</sup> Fls. 68.

<sup>8.</sup> Fls. 79-81

<sup>9.</sup> Fls. 35-36.

Manoel Souza Andrade da Silva e Maiara Souza Andrade da Silva, representados pela genitora Cicera Gomes de Souza, que também consta como donatária, na escritura pública cujo registro foi recusado.<sup>10</sup>

Conforme ressalvou o oficial de registro, ao suscitar a dúvida, a inexistência de relação de parentesco entre o doador e os donatários e a falta de comparecimento do genitor dos menores/donatários, representados pela genitora/donatária, não são fatos impeditivos da doação. Acrescento: in concreto, para fins de qualificação registral, são irrelevantes. Não servem a orientar um juízo de desqualificação.

Quero dizer: não justificam, ao arrepio da lei, e ainda que a pretexto de cautela, a imposição de novo requisito de validade (ou de um fator de eficácia) às doações puras a menores impúberes. O juízo prudencial característico da qualificação registral, malgrado não se restrinja aos aspectos extrínsecos do título, aos seus elementos formais, e contemple, também, seu conteúdo, não atribui ao oficial de registro poder normativo.

Embora a integralidade seja um de seus traços, o juízo de qualificação registral é iluminado (e limitado) pelo princípio da legalidade, a desautorizar exigências lastreadas em situações, em circunstâncias que o legislador considerou desimportantes.

A *prudência registral* não é panaceia; não é solução para sanear imperfeições legislativas vislumbradas pelo oficial; não se presta a *burocratizar* onde o legislador simplificou.

A propósito, a regra do art. 543 do CC – em se tratando de *doação pura*, *sem encargo* –, *dispensa a aceitação dos donatários*, *se absolutamente incapazes*. <sup>12</sup> Não faz sentido, portanto, à luz dessa diretriz normativa, condicionar a validade (ou mesmo a eficácia) da doação à obtenção de um alvará judicial.

A condição pessoal dos donatários, menores impúberes, está, no caso, caracterizado por uma simples liberalidade, a dispensar sua participação no ato, mesmo que representados por (ou um dos) seus genitores. Suas manifestações de vontade, a serem exteriorizadas por meio de seus representantes legais, são prescindíveis.

<sup>10.</sup> Fls. 19-24 e 31.

<sup>11.</sup> Fls. 2, parte final.

<sup>12.</sup> Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

TJSP – Ap 1055983-36.2015.8.26.0100. Comentário por Ademar Fioranelli. Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari. *Revista de Direito Imobiliário.* vol. 81. ano 39. p. 673-681. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016.

A natureza do negócio jurídico, suas circunstâncias, embasam o consentimento *ex lege*; trata-se de uma aceitação ficta, suficiente para o válido aperfeiçoamento do negócio jurídico: *tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero.*<sup>13</sup>

Consoante Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, "nada mais justo, na medida em que o ato de liberalidade vai ao encontro dos objetivos do ordenamento de proteção e benefício à categoria dos incapazes, objeto de tutela diferenciada em razão exatamente de sua fragilidade."<sup>14</sup>

Não há, por sua vez, qualquer relação jurídica a excluir a legitimidade dos menores impúberes para receber validamente o bem imóvel doado. A aptidão deles para doação pura independe de autorização. Na realidade, a intervenção judicial estaria a contrariar a ratio legis.

Por isso, diante das peculiaridades da situação discutida, *o item 41*, *e, do Cap. XIV das NSCGJ*<sup>15</sup>, lembrado pelo suscitante, *não é invocável*. Tampouco o precedente aludido<sup>16</sup>, que envolveu *compra e venda* de bem imóvel por menor impúbere, e com utilização (presumida) de recursos que lhe pertenciam.

Aliás, o legislador, quando resolveu exigir autorização judicial para fins de aceitação de doação (com ou sem encargo), foi expresso, o que é eloquente e sintomático. Assim, então, convém pontuar, nas doações em favor de incapazes sujeitos ao regime de tutela (*art.* 1.748, *II*, *do CC*)<sup>17</sup>.

<sup>13.</sup> Caio Mário da Silva Pereira. Atualizada por Regis Fichtner. Instituições de Direito Civil: contratos. 13.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 212. v. III. Na mesma linha, Sylvio Capanema de Souza, in Comentários ao novo Código Civil. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro, 2008, p. 147-151. v. VIII.

<sup>14.</sup> Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223-224. v. II.

<sup>15.</sup> Item 41. O Tabelião de Notas, antes da lavratura de quaisquer atos, deve: (...); e) 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 dependem 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.

<sup>16.</sup> ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100, rel. Des. Hamilton Elliot Akel, j. 7.10.2014.

<sup>17.</sup> Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: (...); II aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; (...). Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

Em arremate, a exigência questionada pelo recorrente não encontra amparo no art. 1.691, *caput*, do *CC*, <sup>18</sup> igualmente sublinhada pelo suscitante. Primeiro, porque a doação se submete, antes, à disciplina de outra norma, a plasmada no art. 543 do *CC*, a dispensar, inclusive, insista-se, a participação dos genitores. No mais, porque não houve disposição de bens dos menores, não gravaram (eles, genitores, em nome dos filhos) o imóvel de ônus reais nem contraíram obrigações em nome dos filhos.

Nessa linha, pelo todo acima exposto, a escritura pública recusada é título idôneo a ingressar na tábua registral. Em outras palavras: *a exigência levantada pelo Oficial de Registro*, <sup>19</sup> confirmada em primeira instância, <sup>20</sup> não merece subsistir. A r. sentença atacada pelo doador comporta reforma.

Isto posto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro da escritura de doação com reserva de usufruto.

Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça e relator.

### VISTO (Voto 37.896):

- 1. Adoto o relatório lançado no voto do eminente Relator, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.
- 2. Tratando-se, tal se versa na espécie, de *doação pura* e assim se considera a que se perfez a dedução de usufruto– em favor de *incapaz*, não se exige vênia judicial ("alvará") para a *celebração do negócio jurídico* nem, de conseguinte, para a correspondente inscrição no registro de imóveis, uma vez que o art. 543 do CC dispensa a aceitação do donatário, pondo à mostra a desnecessidade de autorização judicial para a formação e a validade do *título*.
- 3. Coisa diversa é que essa aceitação deva provar-se –no título ou fora delepara admitir-se o registro da doação se ele for instado pelo transferente (art. 218 da Lei 6.015, de 31.12.1973).

*Do exposto*, meu voto dá provimento à apelação, para que se proceda ao registro stricto sensu, tal como rogado.

Des. RICARDO DIP, Presidente da Seção de Direito Público

<sup>18.</sup> Art. 1.691. Não podem os pais 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.

<sup>19.</sup> Fls. 31.

<sup>20.</sup> Fls. 43-45. (DJe de 08.06.2016)

### Comentário

# DOAÇÃO A MENOR IMPÚBERE, SUA ACEITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DE ALVARÁ JUDICIAL

Poucas dúvidas suscitadas geraram tanto debate entre registradores e notários quanto esta – e por tão pouca razão.

Em boa hora o C. Conselho Superior da Magistratura vem de aclarar o tema da doação a menores impúberes independentemente de aceitação e de alvará judicial.

Trata-se da Ap. Civ. 1055983-36.2015.8.26.0100, j. de 8.4.2016, *DJe* de 8.6.2016, em que foi relator o desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, que abaixo publicamos na íntegra.

O tema central do debate cingiu-se à necessidade (ou não) de aceitação da doação e, sendo o donatário menor impúbere, perquiriu-se se seria necessário o alvará judicial.

Por boas e sólidas razões a dúvida foi julgada improcedente e o registro foi determinado.

Afasta-se, desde logo, a falsa questão que animou o debate e que sequer foi referido na suscitação de dúvida: a doação, nesses casos, sempre se considerou pura. O fato de se reservar o usufruto e impor cláusulas restritivas não transmuta a natureza da doação.

Tampouco se cogitou de aceitação, assente que o art. 543 do Código Civil a dispense e a questão não foi objeto da manifestação do Oficial Registrador.

O aspecto tangido na suscitação de dúvida, digno de nota, é que a exigência do alvará se deu em razão de certa ambiguidade da escritura e das próprias decisões da Corregedoria Geral da Justiça.

Vejamos em detalhe.

À parte a redação do item 41 do Cap. XIV das NSCGJSP<sup>21</sup>, que não excetua a doação da exigência do seu articulado, vale destacar a seguinte passagem, de lavra do Dr. Marcelo Benacchio, em parecer aprovado pelo desembargador JOSÉ RENATO NALINI no processo administrativo instaurado contra notário que lavrou escritura de compra e venda sem exigir alvará judicial no caso em que os adquirentes ostentavam a situação jurídica de incapazes:

"Ainda em caos de doação pura, excepcionalmente, haveria necessidade de cautelas para a prática do ato com a finalidade de se examinar se tal atende aos interesses dos menores, porquanto, por

<sup>21.</sup> Item 41. O Tabelião de Notas, antes da lavratura de *quaisquer atos*, deve: (...); e) *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 dependem 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.

vezes, pode haver ônus aos donatários, daí o fato da natureza contratual (negócio jurídico bilateral) no tocante à aceitação do donatário"<sup>22</sup>.

O caso concreto envolvia a representação na doação por um dos cônjuges sem que se declarasse no título o motivo de seu comparecimento nessa condição. Poderia se tratar de mera expressão formular da escritura tabelioa, já que a genitora poderia simplesmente figurar no ato como adquirente da fração ideal da nua propriedade. Mas foi qualificada como *representante do donatário*, o que faz pressupor a existência de um motivo juridicamente relevante não declarado, além da aceitação. Nesse caso, na condição de representante do menor impúbere, e de modo unilateral, incidiria a regra do § único do art. 1.690 c.c. inc. VII do art. 1.634 do Código Civil a exigir o comparecimento do outro cônjuge. Aliás, o mesmo fundamento – ausência de um dos cônjuges na aquisição do bem imóvel – foi agitada na Ap. Civ. 0072005-60.2013.8.26.0100 em que foi relator o des. Elliot Akel. Vale o destaque:

"É certo, contudo, que o art. 1.690, em consonância com o art. 1.634, inciso V, também do Código Civil, 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"23.

Por outro lado, ao examinarmos as recentes decisões do mesmo Conselho que vedam a aquisição onerosa de bens imóveis, vamos verificar que a investigação da origem dos recursos, para que se concretize a dita aquisição por incapaz, é matéria de fundo. Exigir o alvará judicial nesses casos, quando a lei expressamente não o exige<sup>24</sup>, com base na presunção de que o negócio poderá não se ter revestido inteiramente de lisura e que a aquisição, nesses casos, ultrapassaria os limites da mera administração é, de fato, um cuidado prudente e recomendável. Todavia, as mesmas razões colecionadas para justificar a intervenção judicial num caso se aplicariam ao outro, em que ocorre a simples doação. Examinemos o seguinte extrato:

"Não há dúvida de que a compra de um imóvel mediante uso de numerário pertencente ao menor de idade configura obrigação contraída que ultrapassa o limite da simples administração, o que reclama autorização judicial. Além do mais, respeitado o entendimento da ilustre Juíza sentenciante, a aquisição de um bem não é sinônimo de beneficio, pois, é preciso verificar a lisura do negócio, se o preço corresponde ao real valor de mercado, se não recai nenhum ônus sobre o imóvel, e outros aspectos que visam atender a finalidade da norma legal ora analisada, qual seja, de impedir que eventual má administração pelos pais, dos bens de seus filhos, impliquem na assunção de obriga-

<sup>22.</sup> Processo CG 96.323/2013, Americana, dec. de 28.6.2013, DJ 17.7.2013, des. José Renato Nalini.

<sup>23.</sup> Ap. Civ. 0072005-60.2013.8.26.0100, São Paulo, j. 7.10.2014, DJe 3.12.2014, rel. des. Elliot Akel.

<sup>24.</sup> A exigência tem como espeque o disposto no art. 1.691, *caput*, do Código Civil: "Não podem os pais *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". Não se veda a aquisição.

em casos análogos.

ções que possam causar prejuízos a estes, de maneira que há necessidade de comprovar o interesse do incapaz na aquisição do bem, para que o alvará seja expedido"<sup>25</sup>.

Por mim, lançando uma questão para cogitação e debates, é preciso não se olvidar que a doação segue sendo um contrato (arg. do art. 538 do CC) e embora a aceitação do benefício não seja um requisito essencial do negócio jurídico (arg. do art. 543) não deixaria de ser necessário o comparecimento dos representantes legais, ex vi do art. 1.690 do mesmo Código Civil, pelas mesmíssimas razões que exigem um cuidado especial para que a aquisição de bem imóvel – seja a título oneroso ou gracioso: que a aquisição não possa representar eventual obrigação que ultrapasse os limites da simples administração (art. 1.691 do CC). Não se pode esquecer, por derradeiro, que a simples titularidade do bem imóvel faz nascer variadas obrigações reais (impostos, taxas condominiais etc.). Seja como for, parece-me oportuna a decisão do Conselho Superior da Magistratura por aclarar a situação e dar, como sempre nos dá, um rumo certo e seguro para orientar a qualificação registral

#### ADEMAR FIORANELLI

Sétimo Oficial de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo ademar.7@terra.com.br

### RESENHA

# REGISTRO DE IMÓVEIS: É DISPENSÁVEL A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO PURA COM RESERVA DE USUFRUTO EM FAVOR DE MENORES IMPÚBERES

Trata-se de apelação cível interposta em face de sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo 5.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, onde se decidiu, na via recursal, ser prescindível a autorização judicial para o registro de escritura pública de doação pura com reserva de usufruto para menores impúberes. No caso em tela, o Oficial Registrador, ao suscitar dúvida e justificar a desqualificação da escritura pública de doação com reserva de usufruto, afirmou ser necessária autorização judicial para o registro pretendido, considerando que dois dos donatários são menores impúberes. Argumentou, ainda, que o ato da representante dos menores ultrapassa a simples administração e ponderou que o genitor dos menores não consta da escritura e inexiste grau de parentesco do doador com os donatários. Ademais, ressalvou que a falta de comparecimento do genitor dos menores/donatários, representados pela genitora/donatária, não são fatos impeditivos da doação. Inconformado com a sentença que julgou procedente a dúvida suscitada, o apelante interpôs recurso sustentando a incidência do art. 543 do Código Cívil e a desnecessidade da outorga judicial.

<sup>25.</sup> Ap. Civ. 0007371-65.2014.8.26.0344, Marília, j. 11/5/2015, DJe 16.6.2015, rel. des. Elliot Akel.

Ao julgar o caso, o Relator destacou as observações apontadas pelo Oficial Registrador e acrescentou que, *in concreto*, para fins de qualificação registral, são irrelevantes, ou seja, não servem a orientar um juízo de desqualificação, não justificando a imposição de novo requisito de validade ou de um fator de eficácia às doações puras a menores impúberes. Afirmou, também, que "o juízo prudencial característico da qualificação registral, malgrado não se restrinja aos aspectos extrínsecos do título, aos seus elementos formais, e contemple, também, seu conteúdo, não atribui ao oficial de registro poder normativo." Ainda, de acordo com o Relator, "a regra do art. 543 do CC em se tratando de doação pura, sem encargo, dispensa a aceitação dos donatários, se absolutamente incapazes. Não faz sentido, portanto, à luz dessa diretriz normativa, condicionar a validade (ou mesmo a eficácia) da doação à obtenção de um alvará judicial."

Por sua vez, em Declaração de Voto Convergente, o Desembargador Ricardo Henry Marques Dip afirmou que, "tratando-se, tal se versa na espécie, de doação pura e assim se considera a que se perfez a dedução de usufruto em favor de incapaz, não se exige vênia judicial ("alvará") para a celebração do negócio jurídico nem, de conseguinte, para a correspondente inscrição no registro de imóveis, uma vez que o art. 543 do Código Civil dispensa a aceitação do donatário, pondo à mostra a desnecessidade de autorização judicial para a formação e a validade do título."

Ante o exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, entendendo que o título apresentado é idôneo a ingressar na tábua registral, determinando o registro da escritura pública de doação com reserva de usufruto.

### DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib). daniela@irib.org.br

#### FÁRIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib). fabio@irib.org.br

TJSP – *Processo 0011989-18.2014.8.26.0291* – j. 20.04.2016 – rel. Corregedor Manoel de Queiroz Pereira Calças – *DJe* 04.05.2016 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

PARTILHA – Imóvel – Bem objeto de alienação fiduciária em garantia – Necessidade de constar no título a porcentagem atribuída a cada um dos ex-companheiros – Inadmissibilidade – Atribuição de quinhões que decorre do título judicial – Exigência, ademais, da anuência da credora fiduciária para a transferência do contrato.

### Veja também Doutrina

• O instituto da família e os registros públicos, de Décio Antônio Erpen – *RDI* 53/115-130, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/645-663 (DTR\2002\305).

Processo 0011989-18.2014.8.26.0291 – Jaboticabal Alessandra Iris Magda Inácio. Advogado: Rafael de Alexandre, OAB/SP 250.592. Parecer 97/2016-E – DJe de 4.5.2016, p. 28.

Ementa: Registro de Imóveis – Carta de sentença – Partilha de bem objeto de alienação fiduciária em garantia – Resignação parcial – Recurso não conhecido – Análise das exigências a fim de orientar futura prenotação.

Necessidade de constar no título a porcentagem do bem atribuída a cada um dos excompanheiros – Descabimento – Atribuição de quinhões que decorre do título judicial.

Anuência da credora fiduciária para a transferência do contrato de alienação fiduciária em garantia – Necessidade – Inteligência do art. 29 da Lei 9.514/97 e do item 238 do Capítulo XX das Normas de Serviço.

<sup>1.</sup> Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça, Trata-se de recurso de apelação interposto por Alessandra Iris Magda Inácio contra a sentença de fls., que manteve a recusa do registro de carta de sentença extraída dos autos de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens, no qual litigaram a apelante e Peterson Teixeira dos Santos Gessi (processo 0006897-69.2008.8.26.0191).

Sustenta a apelante: a) que é desnecessário o aditamento da carta de sentença para que conste a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros; b) que não concordou implicitamente com as demais exigências, embora as tenha considerado razoáveis (fls.).

A Procuradoria de Justiça, em sede preliminar, opinou pelo não conhecimento do recurso, em razão da irresignação parcial. Caso superada a matéria preliminar, manifestou-se pelo afastamento do óbice atacado (fls.).

Por meio da decisão de fls., reconheceu-se a incompetência do Conselho Superior da Magistratura e o processo foi encaminhado à Corregedoria Geral da Justiça.

É o relatório.

Opino.

Como já ressaltado a fls., a dúvida suscitada deve ser conhecida como pedido de providências e a apelação, como recurso administrativo. Isso porque se discute a inscrição da transmissão de imóvel onerado por alienação fiduciária em garantia, cuja instrumentalização se dá, na forma do item 239 do Capítulo XX das Normas de Serviço², por meio de averbação e não de registro em sentido estrito.

A carta de sentença de fls. foi prenotada no Registro de Imóveis de Jaboticabal em 15 de outubro de 2014 (fls.).

A recusa ao registro, conforme nota devolutiva de fls., ocorreu por três motivos: a) necessidade de constar no título a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros; b) falta de anuência da credora fiduciária; e c) necessidade de rerratificação da partilha para constar o valor do imóvel.

Ocorre que a recorrente, tanto no pedido de suscitação (fls., como em seu recurso (fls.), impugnou apenas a primeira exigência, esclarecendo que providenciaria o cumprimento das outras duas.

Todavia, a jurisprudência administrativa desta Corregedoria é tranquila, no sentido de que a concordância, ainda que tácita, com qualquer das exigências feitas pelo registrador ou o atendimento delas no curso do procedimento prejudica-a.

 <sup>239.</sup> O título que instrumenta a transferência de direitos e obrigações deverá ingressar para ato de averbação na matrícula do imóvel, cabendo ao Oficial observar a regularidade do recolhimento do imposto de transmissão.

TJSP – Processo 0011989-18.2014.8.26.0291. Comentário por Sérgio Jacomino. Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari. Revista de Direito Imobiliário. vol. 81. ano 39. p. 683-693. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016.

Desse modo, prejudicado o pedido de providências, o recurso não pode ser conhecido, o que não impede o exame – em tese – das exigências, a fim de orientar futura prenotação.

A exigência questionada pela apelante realmente não se sustenta. Em primeiro grau de jurisdição, o MM. Juiz da 3.ª Vara Cível de Jaboticabal, no julgamento da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, determinou a divisão igualitária dos direitos relativos ao imóvel (fls.).

Em grau recursal, a 7.ª Câmara de Direito Privado, por votação unânime, deferiu à apelante a totalidade do imóvel. Chega-se a essa conclusão pela leitura de dois trechos do acórdão:

1) "Por este prisma, tem Peterson direito ao valor equivalente a 50% daquilo que foi *efetivamente* pago entre 17.01.2016 *e* 16.09.2008, abatidos os eventuais débitos contemporâneos a esse período, em igual proporção, tudo a ser apurado em fase de cumprimento de sentença.

E só" (fls.).

2) "As dívidas posteriores a 16.09.2008 só à autora interessam, já que inerentes ao exercício da posse (fls., 1.º §) e do domínio do imóvel cuja exclusividade aqui a ela se defere" (fls.).

Fica claro que o acórdão citado, que transitou em julgado (fls.), reformou a sentence monocrática para atribuir à apelante, com exclusividade, os direitos sobre o bem, sem prejuízo do acerto das contas dos valores pagos pelo imóvel no período compreendido entre janeiro de 2006 e setembro de 2008.

E o acórdão não condicionou a atribuição dos direitos relativos ao imóvel à apelante ao pagamento do que, em tese, é devido ao seu ex-companheiro. Trata-se de discussão diversa a ser travada em fase de cumprimento de sentença (cf. sétimo parágrafo de fls.).

Assim, desnecessário o aditamento do título judicial para que nele conste a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros, uma vez que o acórdão de fls., que faz parte da carta de sentença, já traz essa informação.

Ou seja, os direitos relativos ao imóvel matriculado sob n.º 29.242 no Registro de Imóveis de Jaboticabal devem ser atribuídos exclusivamente à recorrente. Diz-se "direitos relativos ao imóvel", porque o domínio do bem, até o pagamento da dívida mencionada no R.04 da matrícula 29.242 (fls., verso), pertence à Caixa Econômica Federal.

Passa-se à análise das exigências não impugnadas.

A anuência da credora fiduciária é realmente necessária para a transmissão pretendida pela recorrente.

TJSP – Processo 0011989-18.2014.8.26.0291. Comentário por Sérgio Jacomino. Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 81. ano 39. p. 683-693. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016.

Preceitua o art. 29 da Lei 9.514/97:

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

Ainda sobre o tema, o item 238 do Capítulo XX das Normas de Serviço: 238. O devedor fiduciante, com anuência expressa do credor fiduciário, poderá transmitir seu direito real de aquisição sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o cessionário adquirente as respectivas obrigações, na condição de novo devedor fiduciante.

Tanto o dispositivo legal quanto o item das normas visam a proteger os interesses do credor, que não pode ser compelido a aceitar a transferência da obrigação a terceiro.

Isso porque a transferência do contrato de alienação fiduciária pode gerar um aumento da probabilidade de inadimplemento, circunstância que evidentemente não interessa ao credor. É a hipótese de devedor fiduciante que tem patrimônio considerável e transfere o contrato de alienação a terceiro que não o possui. Retirar do credor fiduciário a possibilidade de se opor a transferência da obrigação fulminaria o princípio da autonomia da vontade, fundamento do direito contratual.

No caso dos autos, embora a recorrente já seja titular de 50% dos direitos relativos ao imóvel (cf. R.03 e R.04 da matrícula 29.242 - fls. 8), a partir do momento em que se atribui a ela 100%, com a exclusão de seu ex-companheiro, há cessão parcial da obrigação de quitar a dívida decorrente do financiamento.

E a concordância do credor fiduciário se faz necessária mesmo no caso de a atribuição dos direitos relativos ao imóvel decorrer de decisão judicial (fls.).

Finalmente, a terceira exigência – que diz respeito à necessidade de rerratificação da partilha para constar o valor do imóvel (fls.) – deve ser afastada.

De início, deve-se destacar que o Oficial não apresentou qualquer justificativa para essa exigência, deixando de indicar dispositivo legal ou normativo que a embase (fls.).

De todo modo, pelo que consta dos autos, presumo que a exigência tenha por fundamento o item 239 do Capítulo XX das Normas, que trata da transferência do contrato de alienação fiduciária e da obrigação do Oficial de zelar pela regularidade do imposto de transmissão.

Todavia, no caso que aqui se analisa, não há que se falar em incidência de imposto de transmissão por dois motivos: a) a atribuição do imóvel com exclusividade à recorrente não caracteriza transmissão, uma vez que houve apenas especificação do quinhão que cabe a cada um dos conviventes com o fim da união estável; e b) a cessão dos direitos relativos ao imóvel não acarreta transferência de propriedade, pois esta última permanece com o credor fiduciário até a quitação integral do financiamento.

Nesses termos, o parecer que respeitosamente submeto à elevada apreciação de Vossa

Excelência é no sentido de não conhecer do recurso administrativo, porque caracterizada a resignação parcial, prejudicado o pedido de providências.

Sub censura.

São Paulo, 19 de abril de 2016. Carlos Henrique André Lisboa, Juiz Assessor da Corregedoria.

#### Conclusão

Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto não conheço do recurso administrativo interposto, pois caracterizada a resignação parcial, prejudicado o pedido de providências.

Publique-se.

São Paulo, 20 de abril de 2016. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça.

## **C**OMENTÁRIO

# Cessão fiduciária - Averbação ou registro?

A recente decisão da E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que abaixo publicamos, enfrentou uma controvérsia que se originou de partilha de direitos relativos a bem objeto de alienação fiduciária em garantia. Tratava-se de alienação dos direitos de devedor fiduciante em que se exigiu a anuência da credora fiduciária para a transferência do contrato de alienação fiduciária em garantia.<sup>3</sup>

A decisão parece ter se orientado num bom rumo sistemático. Gostaria, contudo, de destacar um aspecto de caráter secundário, eminentemente formal, que se quedou como pressuposto na definição de competência recursal: o ato de cessão da posição de devedor fiduciante, a ser praticado no Registro de Imóveis, consubstancia-se por meio de averbação ou de registro?

A Corregedoria Geral entendeu que ato a ser praticado, no caso de partilha dos direitos decorrentes da alienação fiduciária, é de mera averbação, fundamentando-se, a r. decisão, no item 239, Cap. XX, das Normas de Serviço de São Paulo (NSCGJSP), que reza:

Processo CG 0011989-18.2014.8.26.0291, Jaboticabal, dec. de 20/4/2016, DJe 4.5.2016, des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Ver íntegra: [http://goo.gl/IOOBRC]

TJSP – Processo 0011989-18.2014.8.26.0291. Comentário por Sérgio Jacomino. Resenha por Daniela dos Santos Lopes e FABIO FUZARI. *Revista de Direito Imobiliário.* vol. 81. ano 39. p. 683-693. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016.

"O título que instrumenta a transferência de direitos e obrigações deverá ingressar para ato de averbação na matrícula do imóvel, cabendo ao Oficial observar a regularidade do recolhimento do imposto de transmissão".

Este dispositivo, por seu turno, terá sido decalcado do n. 8, inc. II, do art. 167 da LRP, cuja redação é a seguinte:

Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

II - a averbação:

8) da caução e da cessão fiduciária de direitos relativos a imóveis;

## DISTINGUINDO AS HIPÓTESES

O dispositivo acima referido faz alusão à "cessão fiduciária", que, salvo melhor juízo, não se confunde com a cessão de direitos de devedor-fiduciante. São situações jurídicas distintas. A hipótese de cessão de direitos fiduciários acha-se prevista na própria Lei 9.514/1997.4 Já a "transmissão" dos direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia está prevista no art. 29 da mesma lei:

"O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações".

A cessão fiduciária de direitos creditórios "decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel" acha-se hoje expressamente prevista no art. 51 da Lei 10.931/2004.5 Não há qualquer indicação precisa e taxativa acerca do ato a ser praticado no Registro de Imóveis.6

# CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO EM GARANTIA

A figura de cessão fiduciária de crédito em garantia foi consagrada na legislação anterior ao advento da própria Lei de Registros Públicos, hoje em vigor, fazendo seu *début* com a Lei 4.864, de 29/11/1965, que criou medidas de estímulo à indústria da construção civil.

No conjunto normativo compreendido pelos arts. 22 a 23 assim se dispôs originalmente:

Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

(...)

- 4. Inc. II do art. 17 cc. arts. 18 e 19 da Lei 9.514/1997.
- 5. A figura também está prevista no art. 41 da Lei 11.076/2004 que trata das CDA's.
- 6. O art. 52 da mesma lei reza, simplesmente, que, "protocolizados todos os documentos necessários à averbação ou ao registro dos atos e dos títulos a que se referem esta Lei e a Lei 9.514, de 1997, o oficial de Registro de Imóveis procederá ao registro ou à averbação, dentro do prazo de quinze dias". Os atos poderão ser consumados por averbação ou registro, conforme o caso.

Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

(...)

§ 4.º A *cessão fiduciária em garantia* somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no *Registro de Títulos e Documentos*.

A cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais de projetos financiados pelos agentes do crédito imobiliário deveria ser registrada nos cartórios de Registro de Títulos e documentos, na consideração de que esses direitos seriam, na realidade, direitos de caráter pessoal.<sup>7</sup>

A figura ficou conhecida como cessão fiduciária de crédito em garantia. O objetivo era garantir os créditos concedidos pelas caixas econômicas e sociedades de crédito imobiliário para o financiamento de "projetos da iniciativa privada para a construção e venda a prazo, em edificações, ou conjunto de edificações, de unidades habitacionais de interesse social, ou destinadas às classes de nível médio de renda" (art. 21, caput, da Lei 4.864/1965).

## Cessão fiduciária de crédito em garantia – escopo restrito

Exsurge do conjunto normativo que esta modalidade de cessão tem um âmbito restrito de aplicação. Destina-se, como se depreende do referido art. 21 da Lei 4.864/1965, à segurança das operações de crédito abertas pelas caixas econômicas e sociedades de crédito imobiliário. Diz Restiffe Neto que só possuirão "legitimidade para figurar na posição de cessionário, e, portanto, de credor fiduciário, as instituições de crédito e financiamento contempladas expressamente na lei, com exclusão da generalidade"<sup>8</sup>.

- 7. Assim pensava Paulo Restiffe Neto quando da primeira edição de sua conhecida obra: "Poder-se-ia estranhar a falta de previsão legal quanto ao registro do contrato de cessão fiduciária no Registro imobiliário. Sucede que, tratando-se de cessão exclusivamente de direito de natureza pessoal (crédito), que recai sobre as prestações, não poderia a lei, sem ofensa ao direito de propriedade do adquirente, estranho à cessão, mandar inscrever ou averbar a cessão de crédito no Registro de Imóveis, constituindo um ônus inominado sobre a propriedade alheia. O mecanismo da cessão fiduciária prescinde, ademais, de tal providência que, na verdade, não se concilia com a índole do instituto. O arquivamento no Registro de Títulos e Documentos é necessário e também suficiente em relação a terceiros". NETO. Paulo Restiffe. Garantia Fiduciária. São Paulo: RT, 1975, p. 45-6, n. 19. Veremos, logo a seguir, que a sua opinião se modificará com o advento do Dec.-Lei 70, de 21.11.1966. O parágrafo único do art. 43 disporá que a cessão fiduciária constitui um direito real sobre o imóvel.
- 8. RESTIFFE NETO. Paulo e RESTIFFE. Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo:Ed. RT, 2000, p. 115, n. 20.

# REGISTRO EM TÍTULOS E DOCUMENTOS?

Vimos que a redação original do § 4.º do art. 23 da Lei 4.864, de 29.11.1965 previu que a "cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos". Era condição de eficácia perante terceiros do negócio jurídico.

Todavia, por força do Dec.-Lei 70, de 21.11.1966, as modalidades de garantia representadas pela cessão fiduciária e pela caução dos direitos decorrentes da alienação de imóveis foram alçadas à categoria de direitos reais. Eis a norma:

Art. 43. Os empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades imobiliárias poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes de alienação de móveis [sic], aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. 22 da Lei número 4.864, de 29 de novembro de 1965.

Parágrafo único. As garantias a que se refere este artigo constituem direitos reais sobre os respectivos imóveis.

Art. 44. São passíveis de inscrição, nos Cartórios do Registro de Imóveis, os contratos a que se refere o art. 43, e os de hipoteca de unidades imobiliárias em construção ou já construídas, mas ainda sem "habite-se" das autoridades públicas competentes e respectiva averbação, desde que estejam devidamente registrados os lotes de terreno em que elas se situem.

#### As cessões dos direitos do fiduciante

As várias modalidades de cessão de direitos fazem com que a jurisprudência ainda hesite no que respeita à qualificação do ato a ser praticado no Registro de Imóveis. Contribui para a magnificação dessa confusão terminológica a própria Lei 6.015/1973. Este fato foi bem apanhado por Afrânio de Carvalho que denuncia a incoerência sistemática com bastante ênfase.<sup>9</sup> Dirá que o tumulto da terminologia na nova lei registral é tão grande que se torna difícil "extrair dela qualquer sistema".<sup>10</sup>

Há precedentes, do próprio Conselho Superior da Magistratura, que sufragam o entendimento de que o ato a ser praticado, nos casos de cessão de direitos do fiduciante, é de registro. <sup>11</sup> Recentemente, a própria CGJSP admitiu que o ato a ser consumado é de registro em sentido estrito. <sup>12</sup>

Portanto, forçoso reconhecer que, no caso concreto, não trata de mera atualização acessória (averbação) de um ato principal (registro). Há, verdadeiramente, uma mutação jurídica na titularidade do direito de fiduciante (para alguns um direito de propriedade em condição suspensiva – cfr. Orlando Gomes, p. ex.)<sup>13</sup> a demandar a prática de ato de registro. A competência recursal seria, portanto, do Conselho Superior da Magistratura.

<sup>9.</sup> Cfr. CARVALHO. Afrânio. Registro de Imóveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 147.

<sup>10.</sup> Idem, ibidem, p. 161,

<sup>11.</sup> V. por exemplo: Ap. Civ. 980-6/3, Osasco, j. 17.2.2009, *DJe* 15.5.2009, rel. des. Ruy Camilo. Ap. Civ. 417-6/5, Barueri, j. 15.12.2005, *DJ* de 20.1.2006, rel. des. José Mário Antonio Cardinale.

<sup>12.</sup> Processo CG 182.627/2015, dec. de 13.11.2015, *DJe* de 18.11.2015, Dra. Ana Luiza Villa Nova.

<sup>13.</sup> Particularmente não penso que estejamos diante de um direito de propriedade em condição suspensiva. V. JACOMINO. Sérgio. *Penhora: alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas* 

Por fim, gostaria de agitar um argumento de caráter analógico que deve ser apreciado *in rebus*. As promessas de compra e venda e as suas respectivas cessões são objeto de registro.<sup>14</sup> Já as promessas e cessões relativas a loteamentos formalizados anteriormente à vigência da Lei 6.015/1973 eram objeto de averbação.

Afaste-se, desde logo, a aparente antinomia ocorrente entre os itens citados (18 e 20, inc. I, do art. 167 e o item 3, inc. II, do mesmo art. 167, todos da Lei 6.015/1973). As hipóteses, neste último item, referiam-se a inscrições de promessa feitas no sistema anterior ao advento da Lei 6.015/1973. As inscrições de loteamentos (ou de incorporações e instituições de condomínios) eram feitas no antigo Livro 8 e as mutações jurídicas subsequentes eram averbadas à margem daquelas inscrições. Porém, já não mais. 15

Além disso, e por derradeiro, a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. É a redação do art. 1.368-B do Código Civil, na redação que lhe deu a Lei 13.043/2014.

Tratando-se, pois, de um típico direito real, nada mais lógico e inteiramente coerente com o sistema registral pátrio, que se proceda à cessão do direito por ato de registro, stricto sensu.

#### SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP (2005). Especialista em Direito Registral Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha. Sócio honorário do CENOR — Centro de Estudos Notariais e Registais da Universidade de Coimbra, Portugal. Presidente da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário — ABDRI. Quinto Oficial de Registro de Imóveis da cidade de São Paulo. sergiojacomino@gmail.com

considerações sobre o registro que pode ser acessado no site do IRIB: http://goo.gl/CwyxBW. Averbo que o direito expectativo agora vem qualificado como direito real de aquisição (art. 1.368-B do CC).

<sup>14.</sup> Números 9, 18 e 20, inc. I, do art. 167 da Lei 6.015/1973. Nessas hipóteses acham-se as promessas, cessões, etc. de imóveis loteados, objeto de incorporação e instituição de condomínios e gerais.

<sup>15.</sup> Número 3, inc. Il da Lei 6.015/1973 cc. letra "b" do art. 4º do Dec.-Lei 58/1937. Note-se que o art. 22 do Dec.-Lei 58/1937 tratava da *averbação* dos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados "à margem das respectivas transcrições aquisitivas". O referido artigo foi alterado pela Lei 6.014/1973, sem qualquer alusão à prática do ato. O mesmo se pode dizer das promessas e cessões decorrentes de incorporação imobiliária. O § 2º da Lei 4.591/1965, que aludia a averbação dos respectivos contratos, foi alterado pela Lei 10.931/2004, que agora prevê o registro de tais contratos preliminares. Em suma: as promessas e cessões formalizam-se por ato de registro, nos termos da Lei de Registros Públicos em vigor.

#### RESENHA

# ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: CESSÃO FIDUCIÁRIA DEPENDE DE ANUÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO

Cuida-se de parecer em recurso de apelação interposto em face de r. sentença que manteve a recusa do registro de carta de sentença extraída dos autos de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens. A recusa, de acordo com o Oficial Registrador, ocorreu por três motivos: a) a necessidade de constar no título apresentado a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros; b) a falta da anuência da credora fiduciária e; c) a necessidade de rerratificação da partilha para que nela conste o valor do imóvel. Inconformada, a apelante sustentou ser desnecessário o aditamento da carta de sentença para que conste a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros e que não concordou implicitamente com as demais exigências, embora as tenha considerado razoáveis.

O Relator do parecer, Carlos Henrique André Lisboa, MM. Juiz Assessor da Corregedoria, apontou, inicialmente, que a dúvida suscitada deve ser conhecida como pedido de providências e a apelação, como recurso administrativo, uma vez que, se discute a inscrição da transmissão do imóvel onerado por alienação fiduciária em garantia, cuja instrumentalização se dá, na forma do item 239 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo (NSCGJSP), por meio de averbação e não de registro em sentido estrito. Apontou, ainda, que a apelante, tanto no pedido de suscitação, quanto no seu recurso, impugnou apenas a primeira exigência apontada pelo Oficial Registrador, prejudicando a suscitação de dúvida, conforme jurisprudência administrativa já pacificada da CGJSP. Por este motivo, o recurso não pode ser conhecido, o que não impede, segundo o Relator, o exame das exigências apontadas a fim de se orientar futura prenotação. Posto isto, o Relator entendeu que a exigência apontada pela apelante não se sustenta e observou que o acórdão citado, que transitou em julgado, reformou a sentença monocrática para atribuir à apelante, exclusivamente, os direitos sobre o bem, sem prejuízo do acerto das contas dos valores pagos pelo imóvel no período compreendido entre janeiro de 2006 e setembro de 2008. Ademais, ressaltou que o acórdão não condicionou a atribuição dos direitos relativos ao imóvel à apelante ao pagamento do que, teoricamente, é devido ao seu ex-companheiro. Entendeu, ainda, ser desnecessário o aditamento do título judicial para que nele conste a porcentagem do bem atribuída a cada um dos ex-companheiros, eis que o acórdão já traz essa informação e que os direitos relativos ao imóvel devem ser atribuídos exclusivamente à recorrente. Quanto às exigências não impugnadas, o Relator afirmou que a anuência da credora fiduciária realmente é necessária para a transmissão pretendida pela recorrente, conforme disposição contida no art. 29 da Lei 9.514/1997 e item 238 do Capítulo XX das NSCGJSP. No caso dos autos, o Relator observou que, embora a apelante já possua 50% dos direitos relativos ao imóvel, a partir do momento em que se atribui a ela 100%, com a exclusão de seu ex-companheiro, há cessão parcial da obrigação de guitar a dívida decorrente do financiamento, sendo necessária a concordância do credor fiduciário, mesmo no caso de a atribuição dos direitos relativos ao imóvel decorrer de decisão judicial. Finalmente, em relação à última exigência, o Relator apontou que o Oficial Registrador não apontou qualquer justificativa para essa exigência, presumindo-se que ela se refere ao disposto no item 239 do Capítulo XX das NSCGJSP, que trata da transferência do contrato de alienação fiduciária e da obrigação do Oficial Registrador de zelar

pela regularidade do imposto de transmissão. Entretanto, *in casu*, não há se falar em incidência do imposto de transmissão por dois motivos: a) a atribuição do imóvel com exclusividade à recorrente não caracteriza transmissão, já que ocorreu apenas a especificação do quinhão que cabe a cada um dos conviventes com o término da união estável e; b) a cessão dos direitos relativos ao imóvel não acarreta transmissão da propriedade, uma vez que, esta permanece com o credor fiduciário até a quitação integral do financiamento.

Diante do exposto, o Relator proferiu seu parecer no sentido de não conhecer do recurso administrativo, porque caracterizada a resignação parcial, prejudicado o pedido de providências, o qual foi aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

#### 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

TJSP – *Processo 77.952/2015* – j. 17.05.2016 – rel. Corregedor Manoel de Queiroz Pereira Calças – *DJe* 23.05.2016 – Área do Direito: Imobiliário/Registral; Civil.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de averbação de desmembramento – Inadmissibilidade – Quantidade de lotes que, por si só, não é fator condicionante da negativa – Inexistência, ademais, de outras circunstâncias que indiquem burla ao registro especial.

#### Veja também Doutrina

• Loteamento e seu registro, de Afrânio de Carvalho – *RDI* 8/9-20, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/773-788 (DTR\1981\117).

Processo CG 77.952/2015 José Gonçalves dos Santos e outros. Advogado: Benedito Espanha, OAB/SP 145.386. Parecer 109/2016-E – DJe de 23.05.2016, p. 18.

Ementa:¹ Registro de imóveis – Averbação de desmembramento – Recusa – Número de lotes que, por si só, não é fator condicionante da recusa – Ausência de apontamento de outras circunstâncias que indiquem burla ao registro especial – Oficial que se limitou a citar posicionamento de há muito ultrapassado – Recurso provido, com determinação.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça,

Trata-se de recurso administrativo interposto em face de sentença que manteve a recusa de averbação de desmembramento de imóvel.

<sup>1.</sup> Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

Ela se deveu a apenas uma razão: a impossibilidade do desmembramento em face do que dispõe o Provimento 3/88.

O recorrente alega que não existe intenção de burla à Lei 6.766/79, dado que não há criação de novo sistema viário, obras de infraestrutura ou algo que demonstre vontade de lotear. Lembra, também, que houve aprovação do poder público municipal acerca do desmembramento.

A Doutra Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

O julgamento foi convertido em diligência, para que o Oficial esclarecesse, concretamente, se havia outras circunstâncias a indicar a intenção de fraudar a lei de parcelamento do solo. Nenhuma novidade veio aos autos.

É o relatório. Opino.

O recurso merece provimento.

O recorrente pretende a averbação do desmembramento do imóvel da matrícula 23.141, em oito lotes, conforme a planta de fl..

Trata-se de pequenos lotes, sem qualquer alteração do sistema viário e com a devida aprovação da Prefeitura de Mococa.

Nas três informações que prestou – fls. –, o Oficial limitou-se a dizer que o desmembramento não seria possível porque, nos termos do Provimento 3/88 (art. 1.°, 'b'), o imóvel da matrícula 23.141 provém de desdobro anterior (embora não haja nenhuma notícia disso na matrícula ou documento que o comprove).

No entanto, nem o número de lotes nem a existência de desdobro anterior (cuja existência documental não veio aos autos), desde há muito, são considerados, por si mesmos, como fatores impeditivos de novo desmembramento.

De tão consolidada a jurisprudência administrativa nesse sentido, sobreveio a atual redação do item 170.4, das NSCGJ:

170.4. Nos desmembramentos, o oficial, sempre com o propósito de obstar expedientes ou artificios que visem a afastar a aplicação da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, cuidará de examinar, com seu prudente critério e baseado em elementos de ordem objetiva, especialmente na quantidade de lotes parcelados, se se trata ou não de hipótese de incidência do registro especial. Na dúvida, submeterá o caso à apreciação do Juiz Corregedor Permanente.

Os autos retornaram, em diligência, ao Senhor Oficial, para que, à luz do mencionado dispositivo, esclarecesse, de forma expressa, a razão da impossibilidade do desmembramento. Vale dizer, se, além do desdobro anterior, havia outras circunstâncias que indicassem intenção de fraudar a Lei 6.766/79 (vide, a propósito, dentre outros, o processo 2013/195857, de 05.05.14).

Porém, de forma negligente, embora respondendo a requisição direta da Corregedoria Geral de Justiça, o Oficial limitou-se a simplesmente repetir o que já dissera: o Provimento 3/88 veda o desmembramento.

Ora, em primeiro lugar, tal Provimento, desde que editado, tinha incidência somente na Capital. Em segundo lugar, ainda que assim não fosse, a decisão que converteu o julgamento em diligência observou ao Oficial, de forma clara, que a mera menção a tal Provimento não era fator suficiente a impedir o desmembramento.

Instava apontar outras razões concretas, o que não foi feito.

A Corregedoria Geral da Justiça já se debruçou, inúmeras vezes, sobre o tema. Vale transcrever, por oportuno, trecho do parecer exarado no processo CG 2015/115391:

"A exigência do registro especial, prevista no art. 18 da Lei 6.766/79 visa impeder vulneração à organização urbana e proteger os adquirentes de lotes.

Assim, se o desmembramento revela um verdadeiro empreendimento imobiliário, decorrente de desmembramentos sucessivos de área extensa, com o fim de burlar a lei do parcelamento do solo, deve ser exigido o registro especial.

Contudo, se o que se pretende é divisão de pequena área, em poucos lotes, é possível a dispensa do registro especial, desde que analisadas as peculiaridades de cada caso e que estas façam concluir que a medida não configura violação à lei de parcelamento do solo.

No caso em tela, apesar de o desmembramento pretendido, somado ao desmembramento realizado anteriormente, resultar em 13 (treze) lotes, a área maior a ser desmembrada não é de grande dimensão –  $4.557,52~\text{m}^2$  – e, dentre os 6 (seis) lotes, 5 (cinco) são de pequena dimensão, pois o maior é de  $201,75~\text{m}^2$ , e um deles de  $3.681,55~\text{m}^2$ .

Assim sendo e mesmo que a área mais extensa de um dos lotes possa eventualmente ser objeto de novo desmembramento, este será limitado porque não se trata de área de grande dimensão, e, de qualquer modo, se isso vier a ocorrer, deverá ser objeto de análise no momento oportuno.

Além disso, não se verifica abertura de novas vias, a Municipalidade não se opôs ao pedido, enfim, não há nada a indicar se tratar de empreendimento imobiliário e não há circunstâncias que indiquem tentativa de burla à lei, portanto, o número de lotes, por si só, não deve ser considerado nem prevalecer como causa de exigência do registro especial.

Inúmeras são as decisões desta Corregedoria Geral da Justiça nas quais, em razão de peculiaridades semelhantes ao do caso em tela, concluiu-se pela dispensa do registro especial.

Assim, por exemplo, nos Processos 1.117/05 e 68/06 da Corregedoria Geral da Justiça, foram aprovados pelo então Corregedor Geral da Justiça, Des. Gilberto Passos de Freitas, os rr. pareceres dos Meritíssimos Juízes Auxiliares, doutores Roberto Maia Filho e Vicente de Abreu Amadei, respectivamente, em casos análogos, cujas ementas são as seguintes:

"Registro de Imóveis – Averbação de desmembramento – Excepcional dispensa do registro especial previsto no art. 18 da Lei 6.766/79 – Possibilidade – Pleito deduzido por novos proprietários sem evidência de ânimo de gerar sucessividade fraudulenta – Desdobro em apenas duas unidades – Número de frações não caracterizador de empreendimento imobiliário – Ausência de inovação viária, desorganização urbanística, ou risco peculiar para possíveis adquirentes – Divisão de terreno em condomínio, nos termos do art. 1.320 do CC, em duas unidades com área de 125m² cada – Dimensão indicativa de que não haverá novos parcelamentos em sequencia – Burla à lei não configurada – Inteligência do subitem 150.4 do capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – Recurso provido."

"Registro de Imóveis – Excepcional dispensa do registro especial do art. 18 da Lei 6.766/79 – Possibilidade – Desmembramento em número de unidades (três) não revelador de empreendimento imobiliário – Ausente razão urbanística (inovação viária inexistente) e protetivo-social (massa de adquirentes potencialmente descoberta de tutela jurídica) para justificar o registro especial – Parcelamento sucessivo suscetível de caracterizar fraude à lei exige análise conjuntural, com atenção não só à cadeia de assentos, mas também à cadeia de domínio e ao lapso temporal entre as inscrições prediais – Burla à lei não configurada, diante da peculiar ausência de vinculação dos atuais proprietários ao desmembramento pretérito e antigo de área maior que sofrem inúmeros destaques – Recurso provido, observando-se dispensado só o registro especial(condição, não causa, da averbação do desmembramento) o que afasta a necessidade de nova rogação averbatória e novo juízo de qualificação(para o exame dos demais elementos necessários ao ato)."

Os referidos pareceres mencionam vários outros precedentes no mesmo sentido, como o exarado pelo Meritíssimo Juiz Auxiliar da Corregedoria naquela época, doutor Marcelo Fortes Barbosa Filho, no processo CG 1.493/01, cujo teor bem se enquadra à hipótese destes autos:

"Não se tratando de grande empreendimento, inexistindo previsão de realização de obras de infra-estrutura, persistindo aprovação da Prefeitura Municipal e sendo pequena a quantidade de lotes derivados do parcelamento, não há razão plausível para, rigidamente, manter a exigência de atendimento dos pressupostos do art. 18 da Lei 6.766/79."

Este posicionamento prevalece, a exemplo do Processo CGJSP 195.857/2013, julgado em 05.05.2014 pelo então Corregedor Geral da Justiça Des. Hamilton Elliot Akel, que aprovou o parecer da MM. Juíza Assessora Renata Mota Maciel Madeira Dezem, cuja ementa assim dispõe:

"Registro de Imóveis – Pedido de dispensa do registro especial previsto no art. 18 da Lei 6.766/79. Inexistência de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Dispensa concedida – Recurso provido."

Como dito, cuida-se de posicionamento reiterado pela Corregedoria, em diversas decisões. A planta de fl. mostra o desmembramento em pequenos lotes, sem

nenhuma alteração do sistema viário. E não há elementos nos autos – o Oficial ignorou a determinação da Corregedoria para que os descrevesse – que indiquem alguma intenção de burla à lei.

Dessa forma, à míngua de razões para indeferir o desmembramento, sua averbação deve ser autorizada.

Cabe, porém, salvo melhor juízo, tratar com algum rigor a desídia do Oficial. Com efeito, ele ignorou a determinação dessa Corregedoria, para que se manifestasse conforme fls.. Ao contrário, numa manifestação de meia página, que sequer assinou — a preposta o fez —, limitou-se a repetir a mesma manifestação anterior, já rechaçada.

Demonstrou, com isso, a um só tempo, desconhecimento da atual jurisprudência administrativa, ignorância das Normas de Serviço e menoscabo às requisições superiores.

Pelo exposto, o parecer que, respeitosamente, submeto à apreciação de Vossa Excelência propõe o provimento do recurso, com determinação para que o MM. Juiz Corregedor Permanente instaure processo administrativo em face do Oficial, em razão da não observância de prescrição normativa (art. 31, I, da Lei 8.935/94).

Sub censura.

São Paulo, 13 de maio de 2016. Swarai Cervone de Oliveira, Juiz Assessor da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, dou provimento ao recurso, com determinação para que o MM. Juiz Corregedor Permanente instaure processo administrativo em face do Oficial, em razão da não observância de prescrição normativa.

Publique-se.

São Paulo, 17 de maio de 2016. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça.

# Comentário

# O DESMEMBRAMENTO E O REGISTRO ESPECIAL DO ART. 18 DA LEI 6.766/1979

Parcelamento do solo urbano. Desmembramento. Registro especial. Burla não caracterizada. Qualificação registral. PAD. Registro de Imóveis – Averbação de desmembramento – Recusa – Número de lotes que, por si só, não é fator condicionante da recusa – Ausência de apontamento de outras circunstâncias que indiquem burla ao registro especial – Oficial que se limitou a citar posiciona-

mento de há muito ultrapassado – Recurso provido, com determinação. *Processo CG* 77.952/2015, São Paulo, dec. de 17/5/2016, *DJe* 23.05.2016, des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. *Legislação*: Lei 8.935/1994, art. 31, I e Lei 6.766/1979, art. 18. Ver íntegra: [www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=28868].

A decisão em pauta cuida aplicabilidade do registro especial, da Lei 6.766/1979, aos desmembramentos. Trata-se do Processo 77.952/2015,² da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, publicado no *DJ* de 23.05.2016.

No caso em tela, o registrador não realizou a averbação de desmembramento de imóvel, que dispensaria a observância ao art. 18 da Lei 6.766.

Consta que a recusa da mencionada averbação se deu com base no Provimento 3/88, editado pela Primeira Vara de Registros Públicos da Capital – SP. A Corregedoria, no entanto, entendeu pela dispensa do registro especial e averbação do desmembramento.

Importante, de início, atentarmos à figura do desmembramento. Sendo assim, vejamos:

Para os desmembramentos, desde a edição da Lei de Parcelamento do Solo – 6.766/1979 pairam discussões acerca da exigibilidade ou não do registro especial, previsto em seu art. 18.

Os doutrinadores pátrios abordaram o assunto – Afrânio de Carvalho,<sup>3</sup> por exemplo, afirmava que a Lei 6.766 estabeleceu uma diferença correlata de tratamento entre o loteamento e o desmembramento – espécies do gênero parcelamento – e dizia que estavam subordinados a "regimes jurídicos diferentes, um mais, outro menos rigoroso".

A jurisprudência vem contemplando julgados com indicação de averbação de desmembramentos, afastando a necessidade de aplicação do registro especial, dependendo das peculiaridades de cada caso.

É o que avistamos em algumas decisões, que dispensaram o atendimento ao art. 18:

✓ Processo: 68/2006 CGJSP, dec.7/5/006, Vicente de Abreu Amadei. Ver íntegra: [http://goo.gl/2qDXFC];⁴

<sup>2.</sup> KOLLEMATA: [www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=28868].

<sup>3.</sup> CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

<sup>4.</sup> Processo: 68/2006 CGJSP – REGISTRO DE IMÓVEIS – Excepcional dispensa do registro especial do art. 18 da Lei 6.766/1979 – Possibilidade – Desmembramento em número de unidades (três) não revelador de empreendimento imobiliário – Ausente razão urbanística (inovação viária inexistente) e protetivo social (massa de adquirentes potencialmente descoberta de tutela jurídica) para justificar o registro especial – Parcelamento sucessivo suscetível de caracterizar fraude à lei exige análise conjuntural, com atenção não só à cadeia de assentos, mas também à cadeia de domínio e ao lapso temporal entre as inscrições prediais – Burla à lei não configurada, diante da peculiar ausência de vinculação dos atuais proprietários ao desmembramento pretérito e antigo de área maior que sofreu inúmeros destaques – Recurso provido, observando-se dispensado só o registro especial (condição, não causa, da averbação de desmembramento), o que não afasta a necessidade de nova rogação averbatória e novo juízo de qualificação (para o exame dos demais elementos necessários ao ato). KOLLEMATA: [http://goo.gl/2qDXFC].

- ✓ Processo: 1068/2006 CGJSP, dec. 16/5/2007, Ana Luiza Villa Nova. Ver integra: [http://goo.gl/uD6p40]:<sup>5</sup>
- $\checkmark$  Processo: 124.714/2015 CGJSP, dec. 24/8/2015, DJ de 4/9/2015. Ver integra: [http://goo.gl/wm7VAf];<sup>6</sup>
- $\checkmark$  Processo: 115.391/2015 CGJSP, dec. 26/10/2015, DJ de 3/11/2015. Ver integra: [http://goo.gl/drm4Na].<sup>7</sup>

Os Provimentos das Corregedorias dos Estados já buscaram orientar e consolidar procedimentos em relação à matéria. Diversas Corregedorias Gerais já se manifestaram, visando uniformizar os entendimentos quanto ao ato registrário a ser realizado por ocasião do ingresso de um desmembramento no cartório.

O fato é que, frequentemente, o tema vem à tona, evidenciando que ainda há margem para interpretações não pacificadas. Cada situação envolve uma análise individualizada do registrador, considerando sua independência no exercício de suas atividades.

O desmembramento foi introduzido como forma de parcelamento do solo pelo Dec.-lei 271/1967 que sucedeu o Dec.-lei 58/1937 o qual, até então, disciplinava a matéria.

Considerando a previsão do desmembramento, contida no Dec.-lei 271, a Lei 6.015/1973 estabeleceu a sua averbação, conforme art. 167, II, 4. É a vigência do referido art. 167, II, 4 que utiliza o termo "desmembramento", como ato suscetível a ingresso no registro imobiliário por meio de averbação, concomitante à previsão do art. 18, da Lei 6.766, que também utiliza a mesma expressão "desmembramento", mas, no entanto, como ato que deve ser registrado (registro *stricto sensu*) que dá margem a compreensões divergentes.

Vale sublinhar que foi com a edição da Lei 6.766 que sucedeu o Dec.-lei 58 e o Dec.-lei 271, que o parcelamento do solo urbano recebeu um tratamento mais detalhado com normas disciplinadoras da matéria não só no âmbito registrário, mas, também, em seus aspectos urbanístico, contratual, consumerista e penal.

- 5. Processo: 1068/2006 CGJSP Registro de Imóveis. Recurso contra a decisão do Juízo Corregedor. Permanente que indeferiu a pretensão de desmembramento de área, por considerar indispensável o registro especial previsto no artigo 18 da Lei 6.766/79, em razão do número de lotes. Circunstância que não deve ser considerada isoladamente e sim em confronto com as demais peculiaridades do caso. Área de pequena metragem, desmembrada em 17 lotes com área inferior a 255 m² cada um. Ausência de vinculação do vendedor com os adquirentes e destes uns com os outros, inexistência de inovação viária e outras circunstâncias que afastam a intenção de burla à lei. Recurso provido. KOLLEMATA: [http://goo.gl/uD6p4Q].
- 6. Processo: 124.714/2015 CGJSP Registro De Imóveis Averbação de desmembramento Recusa Desmembramentos sucessivos, com abertura e alargamento de vias públicas Loteamento Recurso desprovido. KOLLEMATA: [http://goo.gl/wm7VAf].
- 7. Processo: 115.391/2015 CGJSP Registro de Imóveis Recurso contra a decisão do Juízo Corregedor que indeferiu a pretensão de desmembramento de área, por considerar indispensável o registro especial previsto no artigo 18 da Lei 6.766/79, em razão do número de lotes Circunstância que não deve ser considerada isoladamente e sim em confronto com as demais peculiaridades do caso Área de pequena metragem Ausência de inovação viária e outras circunstâncias que afastam a intenção de burla à lei Recurso provido. KOLLEMATA: [http://goo. gl/drm4Na].

Para o caso em estudo, importa observar os requisitos legais do desmembramento, trazidos pela Lei 6.766, que repetiu, com mínima alteração redacional, a definição contida, pela primeira vez, no Dec.-lei 271.

O desmembramento foi consagrado como forma de parcelamento do solo, contendo suas próprias particularidades, em relação ao loteamento, de acordo com o art. 2.º, § 2.º, da Lei 6.766, a seguir:

"Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 2º- considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes."

De acordo com Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei, "o critério de distinção, pois, reside no sistema viário existente: sem interferência no sistema viário, há apenas desmembramento de gleba em lotes; mas, havendo interferência no sistema viário, qualquer que seja (abertura, prolongamento, modificação ou ampliação de vias), há loteamento".

Não obstante à diferenciação apresentada, a Lei 6.766 prevê a necessidade de aprovação municipal do projeto de parcelamento, sem distinção entre loteamento ou desmembramento e sua apresentação no cartório de registro de imóveis. Quanto a isto, não há dúvidas: a manifestação do município é necessária não só para os loteamentos, mas, também, para os desmembramentos, sem exclusão.

Em uma rápida leitura do *caput* do art. 18, é possível deduzir que desmembramentos e loteamentos devem, indistintamente, ser apresentados para ao registro imobiliário com o atendimento de todos os seus incisos e, portanto, apresentação de todos os documentos lá mencionados.

"Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:..."

No entanto, não é o que ensinava Afrânio de Carvalho ao dizer que "a distinção foi firmada no limiar para eximir o desmembramento do oneroso tratamento formal do loteamento, de nada valendo para equiparar-lhes o tratamento as interpelações da primeira palavra soltas no contexto legal. Tanto assim, que não se revogou a disposição da lei registral que, pressupondo a distinção preexistente, encaminha o desmembramento para a averbação, dirigindo o loteamento para outra formalidade".

Ao nos debruçarmos no tema não há como concluir pela necessidade de aplicação de todo o rigor do art. 18 para todos os casos de parcelamento do solo, em especial para os pequenos fracionamentos, mesmo que chamados de desmembramentos.

Para Afrânio de Carvalho, "de fato, é verdade que a Lei 6.766/79 não contém exceção alguma para afastar a aplicação de seu artigo 18.

Todavia, é preciso antes ter atenção ao espírito, que à letra da lei.

Ora, se a finalidade do registro especial (art. 18 da Lei 6.766/79) é a tutela dos adquirentes e o controle urbanístico, quando não houver, para a situação concreta que se apresentar, razão de proteção desses interesses – tal como ocorre nos desmembramentos de pequenos porte –, deve ser afastada

<sup>8.</sup> AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento).* 3. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2012.

a aplicação do art. 18 da Lei n $^\circ$  6.766/79, dispensando-se, pois, registro especial e, aplicando o prescrito no artigo 167, II, 4, da Lei n $^\circ$  6.015/73, promove-se a segregação predial por via de mera averbação."

Neste raciocínio, nem todos os desmembramentos merecem tratamento igualitário, sendo indicada ao registrador, na análise de cada caso, a apuração de submissão ou não ao registro especial.

Os chamados desdobros e pequenos fracionamentos – os desmembramentos de pequeno porte – que não possuam o caráter de empreendimento imobiliário e que não impliquem em significante impacto urbanístico não nos parecem que devam se submeter ao rigor do art. 18 e, por isso, poderiam ser suscetíveis à averbação.

É o que indica o item 170.4, das Normas da Corregedoria da Justiça do Estado de São Paulo, logo abaixo, ao mencionar o "prudente critério" do registrador, necessário para identificar a necessidade ou não do registro especial para os desmembramentos:

"Nos desmembramentos, o oficial, sempre com o propósito de obstar expedientes ou artifícios que visem a afastar a aplicação da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, cuidará de examinar, com seu prudente critério e baseado em elementos de ordem objetiva, especialmente na quantidade de lotes parcelados, se se trata ou não de hipótese de incidência do registro especial. Na dúvida, submeterá o caso à apreciação do Juiz Corregedor Permanente".

Os desmembramentos despidos de um aspecto de empreendimento imobiliário, considerando, inclusive, a quantidade de lotes resultantes de sua fragmentação, não merecem o tratamento rigoroso de incidência do registro especial. É o que diz o registrador de imóveis, Sérgio Jacomino:9

"A Lei 6.766, de 1979, sempre regerá os parcelamentos havidos após a sua vigência; o registro especial é que, por interpretação visando a facilitar as relações negociais e não entravar os pequenos fracionamentos, poderá ser dispensado."

É neste sentido a orientação contida no Provimento 3/1988, citado por diversas vezes na decisão em comento, expedido pelos doutos José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip, à época juízes de direito da Primeira Vara de Registros Públicos da Capital – SP.

Cabe mencionar que o referido provimento destinou-se a orientar os dezoito registradores imobiliários da capital – SP, no tocante à observância ou não do preceito contido no art. 18, da Lei 6.766, dispensando a sua observância para o parcelamento que preenchesse cumulativamente as seguintes condições:

- ✓ que não implicasse abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos, prolongamento, modificação ou ampliação de vias existentes, ou, de modo geral, transferência de áreas para o domínio público;
- $\checkmark$  que não tivesse origem em imóvel que tivesse, a partir de dezembro de 1.979, sido objeto de outro parcelamento;
- ✓ que não importasse em fragmentação superior a dez (10) lotes.

No caso em tela, a recusa de dispensa do registro especial teve como fundamento o referido provimento, em que pese o fato de sua orientação destinar-se aos oficiais de registros de imóveis capital.

<sup>9.</sup> JACOMINO, Sérgio. Parcelamento do solo urbano, o consumidor e o registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*, n. 47, jul.-dez., 1999. São Paulo: Ed. RT.

No mais, as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo contém previsão sobre o tema em seus itens 170 e 171.

Visualizamos que, embora o item 170.2 indique a aplicabilidade do registro especial aos desmembramentos, o item 170.5 prevê situações em que se afasta o art. 18, da Lei 6.766, conforme seque:

"170.2. Os desmembramentos de terrenos situados em vias e logradouros públicos oficiais, integralmente urbanizados, ainda que aprovados pela Prefeitura Municipal, com expressa dispensa de o parcelador realizar quaisquer melhoramentos públicos, ficam, também, sujeitos ao registro especial do art. 18, da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979."

"170.5. O registro especial será dispensado nas seguintes hipóteses:

- 1) não implicar transferência de área para o domínio público;
- 2) não tenha havido prévia e recente transferência de área ao Poder Público, destinada a arruamento, que tenha segregado o imóvel, permitido ou facilitado o acesso a ela, visando tangenciar as exigências da Lei 6.766/79;
- 3) resulte até 10 lotes;
- 4) resulte entre 11 e 20 lotes, mas seja servido por rede de água, esgoto, guias, sarjetas, energia e iluminação pública, o que deve ser comprovado mediante a apresentação de certidão da Prefeitura Municipal;
- 5) Ressalva-se que não é o simples fato de existência de anterior desmembramento que impede novo parcelamento, havendo possibilidade de ser deferido esse novo desmembramento sucessivo, desde que se avalie o tempo decorrido entre eles se os requerentes e atuais proprietários não são os mesmos que promoveram o anterior parcelamento, ou seja, se ingressaram na cadeia de domínio subsequente ao desmembramento originário sem qualquer participação no fracionamento anterior se não houve intenção de burla à lei, se houve esgotamento da área de origem, ou se o novo parcelamento originou lotes mínimos, que pela sua área impossibilitam novo desdobro:
- 6) Na hipótese do desmembramento não preencher os itens acima, ou em caso de dúvida, o deferimento dependerá de apreciação da Corregedoria Permanente."

Eis, portanto, a necessária atuação do oficial que, na qualificação registral, poderá definir o ato a ser praticado para os desmembramentos, considerando as particularidades de cada caso.

Ao que tudo indica, na situação que ensejou o Processo 77.952/2015, não haveria necessidade de submissão ao registro especial. As informações trazidas apontam que o desmembramento advinha de desdobro anterior e, por isso, a averbação foi denegada.

# Referências bibliográficas

AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento).* 3. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2012.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GALHARDO, João Baptista. *O Registro do Parcelamento do Solo para fins Urbanos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GASPARINI, Diogenes. O Município e o Parcelamento do Solo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

JACOMINO, Sérgio. Parcelamento do solo urbano, o consumidor e o registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*, n. 47, jul.-dez., 1999, São Paulo: Ed. RT.

KOLLEMATA. [www.kollemata.com.br].

MUKAI, Toshio; ALVES, Alaor Caffe; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

AMANDA GIL

Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário. Advogada. aa.gil@uol.com.br

#### RESENHA

# REGISTRO DE IMÓVEIS: O NÚMERO DE LOTES POR SI SÓ NÃO É FATOR CONDICIONANTE DA RECUSA À AVERBAÇÃO DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL

O caso trata de recurso administrativo interposto em razão de sentença que manteve a recusa de averbação de desmembramento de imóvel, sob o argumento de ser impossível o desmembramento pretendido diante do que dispõe o Provimento 3/1988. O recorrente, por sua vez, alegou que não existe intenção de burla à Lei 6.766/1979, considerando não haver a criação de novo sistema viário, obras de infraestrutura ou algo que demonstre a vontade do proprietário de lotear o imóvel. Observou, ainda, que o Poder Público Municipal aprovou o desmembramento pretendido. Instado a se manifestar, o Oficial Registrador não esclareceu se havia outras circunstâncias a indicar a intenção de fraudar a lei de parcelamento do solo.

Ao julgar o recurso, o relator do parecer, MM. Juiz Assessor da Corregedoria Swarai Cervone de Oliveira, observou que o recorrente pretende a averbação do desmembramento do imóvel em oito pequenos lotes, sem qualquer alteração do sistema viário, com a devida aprovação da Prefeitura Municipal. Em suas manifestações, o Oficial Registrador limitou-se a informar que o desmembramento não seria possível, uma vez que, nos termos do art. 1.º, b do Provimento 3/1988, o imóvel provém de desdobro anterior, embora não exista nenhuma notícia sobre isso na matrícula imobiliária ou documento que o comprove. Posto isto, o MM. Juiz Assessor da Corregedoria concluiu que nem o número de lotes nem a existência de desdobro anterior, cuja existência documental não foi juntada aos autos, desde há muito, são considerados, por si mesmos, fatores impeditivos de novo desmembramento. Ademais, entendeu que o mencionado Provimento, em primeiro lugar, desde que editado, tinha incidência apenas na Capital e, em segundo lugar, ainda que assim não fosse, a decisão que converteu o julgamento em diligência observou ao Oficial, de forma clara, que a mera menção ao referido Provimento não era fator suficiente para impedir o desmembramento pretendido.

Diante do exposto, o relator opinou pelo provimento do recurso, no sentido de que o número de lotes por si só não é fator condicionante da recusa à averbação de desmembramento de imóvel, devendo haver o apontamento de outras circunstâncias que indiquem burla ao registro especial, tendo sido o parecer aprovado pelo Corregedor-Geral da Justiça, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

#### 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

Índice Alfabético--remissivo



# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Alienação e oneração de imóvel - p. 133

Arquivo digital – p. 215, 253 e 289

Arrecadação de tributos - p. 235

Atividade notarial e de registro – p. 15, 57, 101, 337, 363, 383, 401, 463 e 481

Ato notarial - p. 57, 85, 337, 383 e 463

В

Banco de dados - p. 315 e 431

Bem imóvel – p. 133

Bens públicos - p. 155

Boa-fé objetiva – p. 101

 $\boldsymbol{C}$ 

CCartório imobiliário - p. 185

Cédula hipotecária – p. 607

Código de Defesa do Consumidor – p. 15 e 363

Compra e venda de imóvel – p. 185

Comunicação eletrônica de dados- p. 431

Crédito hipotecário - p. 525

D

Delegação de competência administrativa – p. 15

Desenvolvimento econômico - p. 525

Desjudicialização - p. 85

Desmembramento do imóvel - p. 133

Direito à intimidade – p. 431

Direito à privacidade – p. 431

Direito de preferência entre credores – p. 607

Direito de propriedade – p. 481

Direito de superfície - p. 133

Direito português - p. 481

Direitos reais – p. 481

Dívida – p. 567

Divulgação pública de dados - p. 431

Documento digital - p. 215, 253 e 289

E

Eficácia dos direitos fundamentais - p. 431

F

Fato gerador do ITBI - p. 85

Função pública - p. 401

Função social - p. 431

Função social da propriedade - p. 431

G

Garantia hipotecária - p. 525 e 567

Garantia real – p. 567

Garantias - p. 567

Gestão pública - p. 235

Η

Hipoteca - p. 607

Ι

Informatização – p. 431

L

Lei de registros públicos - p. 85, 215, 253, 289 e 315

0

Objeto da hipoteca – p. 607

Preposto – p. 401

Princípio da continuidade da prestação do serviço público - p. 15

Princípio da fé pública registral - p. 101, 155 e 363

Princípio da publicidade do registro imobiliário – p. 101

Princípio da segurança jurídica – p. 525

Promessa de compra e venda – p. 185

Proteção da informação - p. 431

R

Registro da hipoteca - p. 155 e 607

Registro imobiliário - p. 155, 215, 253, 289,

315, 383 e 525

Registros públicos – p. 607

Relação de consumo - p. 15

Responsabilidade administrativa – p. 401

Responsabilidade civil - p. 15, 337, 363 e 383

Segurança da informação - p. 431

Serviço público essencial - p. 15 e 401

Tabelionato de notas – p. 57, 85 e 337

Territórios nacionais - p. 235 e 315

Transmissão de bens imóveis - p. 155

Usucapião - p. 85

Usucapião especial rural - p. 85

Usucapião especial urbana - p. 85

Usucapião extrajudicial - p. 85

Usucapião extraordinária - p. 85

Usucapião ordinária – p. 85

# 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, online, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e servicos 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: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. 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) e de no máximo 25. 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 15. As referências legislativas ou jurisprudenem notas de final. Não aceitamos sistema referência autor/data.
- **14.** Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
- Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado ("destaque do original").
- ciais 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.

# Contrato e racionalidade

CONTRACT AND RACIONALITY

Marcos Cáprio Fonseca Soares

Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Processual; Consumidor

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas gerais - Juros - Revisão contratual - Racionalidade - Rematerialização.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research mode next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical racionality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precising the main concept of this work (racionality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical act. Is according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the lew theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations. Which you have be passing as a whole.

KEYWORDS: General clauses - Interest - Contrar tu \re \end{array} - Racionality - Rematerialization.

Sumario: 1. Introdução – 2. A ra jor licude jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz ve ri na, 2.2 Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direit por ado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

#### Introdução

## 6. BIBLIOGRAFIA (EXEMPLOS)

Albergaria, A. Cinco anos sem chover: história de João Louco. Recife: Sertão, 1999.

Arruda Alvim Wambier, Teresa. Nulidades da sentença. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Brasil. Código Penal. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.

ESTEFAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category\_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.

Gomes, Luís Gustavo et alii. Direito civil brasileiro. 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.

Kelsen, Hans. Direito positivo. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: Stoco, Rui (coord.). *Direito penal.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II. SILVA, José Augusto da. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

\_\_\_\_\_. E o Brasil, como vai? Folha de S. Paulo, Cad. Mundo, 24.01.2004.

Souza, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. Revista dos Tribunais. vol. 874, p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

Diagramação eletrônica: Estudio Caverna, CNPJ 16.840.626/0001-46

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