

Revista de Direito das Comunicações – RDCom

Coords.: Ana Luiza Valadares Ribeiro e Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli
Periodicidade: semestral

Revista de Direito do Consumidor – RDC

Coord.: Cláudia Lima Marques
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito do Trabalho – RDT

Coord.: Domingos Sávio Zainaghi
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Educacional – RDE

Coord.: Maria Garcia
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Privado – RDPriv

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

Revista de Processo – RePro

Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier
Periodicidade: mensal

Revista do Ibrac – RIBRAC

Coord.: Leonor Cordovil
Periodicidade: semestral

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP

Coord.: Elias Farah
Periodicidade: semestral

Revista Tributária das Américas – RTA

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

Revista Tributária e de Finanças Públicas – RTrib

Coord.: Edvaldo Pereira de Brito
Periodicidade: bimestral

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

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO
RDI

ANO 35 • 72 • JANEIRO-JUNHO • 2012

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

Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e sua relevância para o investimento no setor produtivo – Registrabilidade da sentença arbitral: estudo de inter-relação entre arbitragem e registro de imóveis – *Built to suit* – Da fé pública notarial e registrária – Publicidade no sistema registral imobiliário – Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: relações com a fé pública notarial e registral – Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria: reflexos nos efeitos registais – Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade – Desastres naturais e registro imobiliário – Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário – Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração – CDC e responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores.

ISSN 1413-4543



EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

2012

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

72



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO
RDI

ANO 35 • 72 • JANEIRO-JUNHO • 2012

COORDENAÇÃO:
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

CAÇÃO OFICIAL



EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OUTROS PERIÓDICOS –

Revista dos Tribunais – RT

Periodicidade: mensal

Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim

Coord.: Helena Regina Lobo da Costa
Periodicidade: bimestral

Revista Brasileira de Direito Desportivo – RBDD

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

Revista de Arbitragem e Mediação – RArb

Coord.: Arnaldo Wald
Periodicidade: trimestral

Revista de Ciências Penais – RCP

Coord.: Luiz Regis Prado
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Ambiental – RDA

Coords.: Eladio Lecey e Sílvia Cappelli
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB

Coord.: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Brasileira – RDBras

Coord.: Vladimir Oliveira da Silveira
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI

Coord.: Maria Garcia
Periodicidade: trimestral

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



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 72 • jan.-jun. / 2012

COORDENAÇÃO EDITORIAL

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

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

MEMBROS NATOS

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

CONSELHO FISCAL

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

CONSELHO DE ÉTICA

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

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 72 • jan.-jun. / 2012

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

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



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 72 • jan.-jun. / 2012

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

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

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

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável

ANTONIO BELINELO

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

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

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

Tel. 0800-702-2433

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

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

Impresso no Brasil: [06-2012]

Profissional

Fechamento desta edição: [19.06.2012]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



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

FUNDADOR

JÚLIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Francisco José Rezende dos Santos (MG)

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

Secretário-geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

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

2º Secretário: Sérgio Busso (SP)

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

1º Tesoureiro: Ari Álvares Pires Neto (MG)

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

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

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

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

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

Diretora Legislativa: Léa Emilia Braune Portugal (DF)

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

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

Diretor de Assuntos Estratégicos: Emanuel Costa Santos (SP)

CONSELHO DELIBERATIVO

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

RT – 100 ANOS RENOVADOS

Neste ano de 2012, a Editora Revista dos Tribunais e a *Revista dos Tribunais* completam 100 anos. Trata-se, sem dúvida, de uma data emblemática, que implica num acervo inigualável de conhecimentos especializados e em toda uma história de competência editorial.

Repassando seu catálogo de livros e as páginas dos periódicos que publica, verifica-se como renomados estudiosos têm pensado a ciência e a realidade jurídicas do País de suas épocas e contribuído com suas reflexões para o progresso do Direito e da Justiça no Brasil.

E é por seu profundo respeito ao passado que esta Editora é verdadeiramente progressista: com alicerce na experiência adquirida, mantém seus objetivos sempre à frente, supera desafios, inova, levando a estudantes e profissionais o melhor conteúdo, registrando e orientando a evolução do Direito, da maneira mais completa, atual e relevante.

Há 100 anos, a Editora e a *Revista dos Tribunais* estão presentes no mundo jurídico brasileiro. Competência doutrinária, competência editorial, competência administrativa: são as linhas mestras do caminho para a concretização dos objetivos que nos colocamos.

Junho de 2012

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

APRESENTAÇÃO

A presente edição da *Revista de Direito Imobiliário* apresenta aos leitores um panorama muito interessante que reflete a evolução do Registro de Imóveis decorrente da transformação conceitual da propriedade imobiliária e da necessidade de aumento da segurança jurídica como fundamento econômico.

Temas já debatidos nas páginas da revista voltam para reforçar sua importância e com contornos específicos como a função econômica do Registro de Imóveis em um texto muito interessante e de agradável leitura do registrador imobiliário Bruno Becker, tendo por objeto a regularização fundiária. A publicidade ambiental do Registro de Imóveis também volta a ser estudada, reforçando o desenvolvimento do estudo dessa característica funcional-registral. A publicidade e fé pública registral (e notarial) como instrumentos de segurança-jurídica é parte integrante de diversos trabalhos da revista, o que corrobora para o fortalecimento essencial e existencial do Registro de Imóveis no Brasil.

O relacionamento do Registro de Imóveis com o mundo processual é analisado em dois textos muito bem escritos, provando ser fundamental que para a exteriorização da jurisdição deve existir uma comunicação entre os dois subsistemas e que as assimetrias devem ser equacionadas, visando uma melhor fluidez informativa.

Mas a *Revista de Direito Imobiliário* volta a ousar, trazendo para o âmbito do estudo do direito registral temas pouco estudados como a arbitragem e o contrato *built to suit*, o que certamente renderá intensos debates acadêmicos, já que foi analisada a publicidade registral em ambos os casos.

Como doutrina internacional, voltando a iluminar a senda registral brasileira, a Professora portuguesa Mónica Jardim traz excelente estudo criticando a iniciativa do legislador português de eliminar a competência territorial das conservatórias e atribuir competência para outros profissionais que não os registradores (conservadores) para a qualificação registral.

Enfim, a Revista traz a coletânea de trabalhos, resenhas e jurisprudência que refletem com relativa fidelidade o âmbito de discussões do registro imobiliário brasileiro e no mundo, de forma que convidamos os leitores a imergir nesse universo.

São Paulo, junho de 2012.

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Coordenador

SUMÁRIO

RT – 100 ANOS RENOVADOS.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
REGISTRO DE IMÓVEIS	
1. A regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo	
BRUNO BECKER.....	17
2. Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis	
ADRIANA GUGLIANO HERANI DEYAMA	127
3. <i>Built to suit</i>	
LUIZ AUGUSTO HADDAD FIGUEIREDO.....	161
4. Da fé pública notarial e registrária	
MILSON FERNANDES PAULIN.....	189
5. A publicidade no sistema registral imobiliário	
MARCELO KRUG FACHIN TORRES.....	201
6. Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: suas relações com a fé pública notarial e registral	
NATASHA DA MOTTA RIBEIRO CARRARO BERNAL.....	265
DOCTRINA INTERNACIONAL	
1. A delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registais	
MÔNICA JARDIM.....	287

MEIO AMBIENTE E REGISTRO IMOBILIÁRIO

1. A proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade
ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA..... 313
2. Os desastres naturais e o registro imobiliário
EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA..... 333

PROCESSO CIVIL E REGISTRO IMOBILIÁRIO

1. Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário
RAFAEL VILLAR GAGLIARDI E GUILHERME FONTES BECHARA 349
2. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração
TIAGO SCHERER..... 379

PARECERES

1. O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores
ANTONIO CARLOS MORATO E PAULO ROBERTO INOCÊNCIO..... 423

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra decisão que indeferiu medida cautelar para evitar desocupação de imóvel locado que foi alienado – Adjudicação do imóvel e anulação da compra e venda para exercício do direito de preferência que se torna inviável sem a averbação do contrato de locação
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI..... 457

- SUCESSÃO – Vocação hereditária – Prevalência de pacto antenupcial que exclui o cônjuge sobrevivente de qualquer partilha de bens do falecido – Convenção entre o casal que é nula por ser contrária à lei
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI..... 464

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – Projeto particular que contempla desmembramento do imóvel com instituição de servidão – Via de acesso

público para outros Municípios que não pode ser exigida quando a área é muito estreita para fins de loteamento	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	473

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda dos autos de arrolamento de bens – Alegação de inexistência de prova da morte dos herdeiros do <i>de cujus</i> que viola a continuidade do registro	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	480
REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar compromisso de compra e venda de imóvel em loteamento urbano – Ausência de prova da quitação que inviabiliza o registro	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	486
REGISTRO DE IMÓVEIS – Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Complementação do título com documentos, no curso do procedimento de dúvida, após a prenotação • REGISTRO DE IMÓVEIS – Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Outorga de legitimação de posse que pode ser dada para quem já detém o domínio de fração ideal de assentamento irregular	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	493

SENTENÇAS

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa para averbação – Irregularidade na escritura de compra e venda	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	507

RESENHAS

<i>Condomínio e incorporações no registro de imóveis. Teoria e prática</i> , de Flauzilino Araújo dos Santos	
Resenha por MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO	513

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	519
-----------------------------------	-----

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA.....	523
---	-----

The background features a light gray grid of thin lines. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Registro de Imóveis



A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO PROPULSOR DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A FUNÇÃO ECONÔMICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

1

O reflexo das garantias reais sobre
a taxa de juros fixada no mercado
e a sua relevância para o investimento
no setor produtivo

BRUNO BECKER

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania. Registrador de Imóveis, Títulos e Documentos em Nova Ubitatã/MT.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Financeiro e Econômico

RESUMO: O crédito e o investimento são apontados como elementos determinantes para o desenvolvimento econômico, viabilizando a expansão da atividade empresarial. As teorias contemporâneas do investimento indicam que a taxa de juros cobrada no mercado reflete diretamente no índice de investimento no setor produtivo. As garantias reais, por sua vez, contribuem para a geração de crédito barato para a sociedade, reduzindo o risco de crédito das operações financeiras. Decorre daí a relevância da propriedade formal, como meio adequado para a produção do crédito necessário para a realização da atividade econômica. A regularização fundiá-

ABSTRACT: Credit and investment are important elements to economic development, in order to expand business activities. Contemporary investment theories indicate that interest taxes reflect directly on the invest index of the productive sector. Real warranties contribute to a cheaper credit to society by reducing the risk of financial operations. Because of it formal property is relevant as an adequate way to produce necessary credit to the economic activities. Monetary funds regularity is a mechanism to legalize the occupation and division of urban ground to its genuine possessors, to assure the complete urban development, supported by the

ria surge como um importante mecanismo destinado a legalizar a divisão e a ocupação do solo urbano, em prol de seus legítimos possuidores, garantindo a plena urbanização, estando amparada no princípio da função social da propriedade, constituindo-se pressuposto inarredável para transformar o imóvel em ativo financeiro, contribuindo, assim, para a melhoria da qualidade de vida da população. O sistema de registro de imóveis, nesse quadro, caracteriza-se como um eficiente instrumento que assegura a redução dos custos de transação, garantindo segurança para o tráfego relativo aos negócios jurídicos imobiliários, contribuindo para o crescimento econômico da nação.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento econômico – Investimento – Garantias reais – Regularização fundiária – Registro de imóveis.

principle of the social function of the property, presupposing real state becomes a financial resource and contributing to a better life quality of the community. Real state register system assures the low costs of transaction and the juridical business, besides of nation economic growing.

KEYWORDS: Economic development – Investment – Real warranties – Monetary funds regularity – Real state register.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os elementos determinantes do desenvolvimento econômico – 3. As teorias do investimento: 3.1 Da teoria clássica do investimento; 3.2 Da teoria neoclássica do investimento; 3.3 Da teoria schumpeteriana; 3.4 Keynes e a teoria keynesiano-neoclássica; 3.5 A relação entre a oferta de crédito, a taxa de juros e o investimento – 4. A relação entre as garantias reais e a taxa de juros fixada no mercado: 4.1 O risco de crédito das operações financeiras; 4.2 Dos componentes do *spread* bancário; 4.3 O dimensionamento da questão envolvendo a redução da taxa de juros pelas garantias reais – 5. Os atributos da propriedade formal: 5.1 A propriedade formal como ativo financeiro – 6. A regularização fundiária e seus instrumentos de tutela: 6.1 A ilegalidade na divisão e na ocupação do espaço territorial urbano; 6.2 Os índices da informalidade; 6.3 Da regularização fundiária e seus instrumentos de tutela – 7. O registro de imóveis como mecanismo propulsor do desenvolvimento econômico: 7.1 A função econômica do registro de imóveis; 7.2 A livre transferência e os custos de transação; 7.3 Modalidades de sistemas de registro; 7.4 A eficácia do sistema registral – 8. Considerações finais – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O crescimento de um país¹ pode ser depreendido por meio dos indicadores que revelam o aumento dos investimentos e da produtividade, a elevação da renda *per capita* e o aquecimento do mercado de consumo, a redução do índice

1. Texto extraído da dissertação apresentada ao curso de mestrado em direito empresarial e cidadania do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

de desemprego, bem como o combate à pobreza e à segregação social, fatores estes que se mostram necessários para impulsionar a atividade econômica dentro da nação.

Os elementos determinantes do desenvolvimento econômico constituem um grande enigma a ser decifrado pela comunidade mundial. Nóbrega (2005, p. 82-100) relaciona a inovação e a tecnologia, a educação, o sistema financeiro, o Estado e os incentivos como importantes ingredientes para promover-se o desenvolvimento.

Nesse sentido, a expansão da atividade econômica é pressuposto inarredável para o crescimento da nação, permitindo a geração de emprego e renda para a população, tornando o país competitivo no mercado de consumo, delimitado pela economia global, permitindo, inclusive, o superávit da balança comercial.

O crédito constitui um dos principais vetores que conduzem à expansão da atividade econômica, sem o que, não se viabilizará a realização de investimentos no setor produtivo, o que pressupõe, na atualidade, o dispêndio de vultosos recursos, conduzindo à necessidade da colaboração de investidores, bem como da contratação de empréstimos perante as instituições financeiras.

Para o fornecimento dos empréstimos em geral, as instituições financeiras pactuam o recebimento de juros remuneratórios, compostos pelos *custos intrínsecos* à intermediação, bem como pela probabilidade de não retorno da concessão, de forma que, quanto menor o *risco de crédito* da operação, menor a taxa de juros cobrada na contratação.

Cumprir observar, igualmente, que o aperfeiçoamento da atividade empresarial pressupõe a realização intensa de investimentos em bens de produção, necessários para o aprimoramento do objeto empresarial, ao passo que, o nível de investimentos realizados, vai depender do *custo* calculado pelo empreendedor, computando como *custo* inclusive os *juros* pactuados para a contratação dos empréstimos em geral.

Surge então o desafio: *como obter o capital necessário para expandir a atividade econômica dentro do país?*

A problemática que envolve o *acesso ao crédito* constitui um obstáculo avassalador para o desenvolvimento da micro e pequena empresa, dificultando em alguns casos o início da atividade, a realização de investimentos, comprometendo, por vezes, a manutenção do estabelecimento.

O setor representado pelo empresário de pequeno porte possui relevância significativa para a economia, absorvendo mão de obra no mercado de trabalho, proporcionando a elevação da renda *per capita* da população, contribuindo

do, assim, para o aumento do consumo interno, o acesso à educação, à saúde e ao lazer, fatores necessários para a melhoria da qualidade de vida do cidadão.

Importante de nota é que equilíbrio do sistema é condição inarredável para o crescimento econômico, pressupondo, portanto, a coordenação de uma série de fatores, tais como, *crédito barato, investimento no setor produtivo, aumento da produtividade, geração de emprego e renda, elevação do consumo* etc., que devem atuar de forma conjugada, evitando-se, assim, qualquer forma de instabilidade ao mercado.

Apontado como um dos elementos impulsionadores do desenvolvimento, o *investimento no setor produtivo* proporciona o aumento da produção a um menor custo para o empreendedor, o que refletirá no lucro obtido na atividade econômica. O aumento do lucro acaba incentivando novos investimentos, inclusive com a contratação de pessoal, provocando o aumento do consumo pela população.

Os *elementos determinantes do investimento*, ou da *decisão de investir*, constitui tema largamente debatido entre os economistas, surgindo várias teorias sobre o assunto, as *teorias do investimento*, as quais merecerão a devida atenção, no *terceiro capítulo* desta dissertação.

No *capítulo quarto*, pretende-se demonstrar os fatores geradores da elevada taxa de juros fixada nos empréstimos obtidos junto ao mercado financeiro, revelando, com isso, que as garantias reais proporcionam a redução da taxa de juros nas operações em geral.

Na justificativa apresentada, ver-se-á que a *taxa de juros* fixada pelas instituições financeiras é definida pelo *risco de crédito das operações*. O risco de crédito, por sua vez, é ponderado pela probabilidade de inadimplemento das transações, que sofre certa volatilidade nos casos em que as operações são asseguradas por garantias reais. As garantias reais, portanto, reduzem a taxa de juros fixada nos financiamentos em geral.

Merecerá destaque o papel do Poder Judiciário para a preservação da estabilidade das relações comerciais, assegurando a executividade das garantias constituídas, contribuindo, assim, para a redução do risco de crédito das operações, circunstância necessária para a adequada circulação do crédito no mercado financeiro, contribuindo para o crescimento econômico da Nação.

As garantias reais, portanto, constituem-se em um importante mecanismo para a geração de crédito barato para a sociedade. Nesse ponto, surge a relevância da propriedade formal, como meio adequado para a produção do crédito necessário para o desenvolvimento da atividade empresarial, do que se depreende a condicionante do ingresso do imóvel no sistema legal de propriedades,

como pressuposto para a fruição de todos os atributos da propriedade formal, conforme será evidenciado no *quinto capítulo* da presente dissertação.

Ocorre, entretanto, que a maior parte do patrimônio imobiliário existente nos países pobres e em desenvolvimento, incluindo o Brasil, encontra-se irregular, sem titulação, sem registro formal, o que impede a utilização do imóvel como ativo financeiro, para a obtenção de crédito barato junto às instituições financeiras, comprometendo a plena utilidade social e econômica do bem.

No *sexto capítulo*, serão apresentadas as estimativas existentes sobre a irregularidade fundiária no Brasil, situação em que se encontram vivendo centenas de milhares de pessoas, sem a devida titulação, privadas de condições dignas de habitação, em favelas, cortiços, loteamentos irregulares e clandestinos, circunstância que contribui para o agravamento dos problemas sociais, econômicos, políticos, culturais e ambientais existentes em nossa Nação.

O conhecimento dos índices da informalidade é medida salutar para o dimensionamento da questão, viabilizando o direcionamento de políticas públicas voltadas ao setor habitacional.

A regularização fundiária surge, nesse ponto, como um importante instrumento destinado a legalizar a divisão e a ocupação do solo urbano, em prol de seus legítimos possuidores, permitindo a fruição dos equipamentos urbanos de infraestrutura básica, oportunizando o acesso ao crédito, gerando emprego e renda na comunidade, bem como a utilização dos serviços públicos de natureza indispensável relacionados à saúde, segurança e educação, permitindo a inclusão social e territorial da comunidade, como condição necessária para garantir melhores condições de vida para a população.

De qualquer forma, pressuposto inarredável para o regular funcionamento da vida econômica, é a existência de instituições sólidas que garantam eficaz e eficientemente a segurança das transações, caracterizando-se o registro de imóveis, nesse ponto, um eficiente instrumento destinado a proteger a segurança da posse e do ato de aquisição, diminuindo os custos de transação, conforme será evidenciado no *sétimo capítulo*.

A segurança jurídica garantida pelo *sistema de registro de imóveis* é condição inarredável para o crescimento econômico do país, ao passo que, quanto maior a eficácia do *sistema registral*, mais elevado será o nível de desenvolvimento da nação. Não havendo um eficaz *sistema de registro de imóveis*, as partes envolvidas em uma transação não teriam a informação exata e precisa sobre os atributos jurídicos e econômicos do bem, o que poderia causar desconfiança ao mercado, prejudicando a regularidade das transações.

Nesse ponto, a segurança jurídica constitui o escopo primeiro do *sistema de registro de imóveis*, que, por meio dos princípios registraes, garante estabilidade

às relações comerciais, viabilizando o tráfego interativo das relações dominiais, permitindo o fluxo de crédito no mercado de capitais, fatores determinantes do investimento no setor produtivo, mostrando-se evidente, portanto, a sua função econômica e social.

2. OS ELEMENTOS DETERMINANTES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A pobreza mundial é um dos problemas mais sérios a serem enfrentados na atualidade. Não há como desconsiderar a grande desigualdade econômica existente entre os países pobres e em desenvolvimento, em comparação aos países desenvolvidos. É inadmissível que grande parte da população viva sob condições de extrema miséria, acometidos da fome e da doença, enquanto os povos dos países desenvolvidos usufruem de forma centralizada os resultados do progresso econômico e tecnológico conquistado nas últimas décadas.

Os povos contemporâneos possuem uma obrigação para com a humanidade na luta pelo desenvolvimento, para minimizar essa obtusa diversidade. Em um mundo globalizado, não se justifica a centralização do poder econômico nas mãos de poucos, controladores da economia mundial.

O desenvolvimento econômico dos países pobres não é questão de interesse estritamente local. Há que se reconhecer que o progresso econômico dos países pobres contribuirá para o aquecimento da economia mundial, colaborando, assim, para o crescimento também dos países desenvolvidos, aumentando o consumo de produtos e mercadorias de origem estrangeira.

Contudo, o *combate à pobreza* não é um desafio singelo e de fácil concretização, pressupondo o planejamento e o comprometimento da comunidade mundial.

Nóbrega (2005, p. 82-100) aponta os *ingredientes dos neoclássicos* para promoção do desenvolvimento: inovação e tecnologia, educação, sistema financeiro, o Estado e os incentivos.

Parte da ponderação a respeito da inovação e da tecnologia, dizendo que: “no sistema capitalista, a inovação é a força que sustenta o crescimento econômico de longo prazo” (NÓBREGA, 2005, p. 83). De acordo com o autor, a dominação do mercado é determinada pela capacidade de inovação das empresas, ou seja, pela aptidão de as empresas melhorarem seus produtos e reduzirem seus custos.

A eficiência da empresa, dessa forma, depende de vultosos investimentos em tecnologia, que reduzirão os custos de produção, melhorando a qualidade dos produtos ofertados no mercado. São novas descobertas que tornarão

as empresas mais competitivas. A modernização tecnológica é um processo cumulativo, gerado a partir da multiplicação do conhecimento existente sobre um determinado assunto, fruto de intensa pesquisa realizada sobre a matéria preexistente. Nesse ponto, refere o autor: “um elemento fundamental desse processo é a concessão de patentes por certo tempo, findo o qual o conhecimento se torna público” (NÓBREGA, 2005, p. 84). Caberá às instituições a criação de um bom sistema de marcas e patentes, bem como a proteção jurídica dos direitos de propriedade intelectual.

De forma incontroversa, o desenvolvimento econômico está estritamente vinculado ao processo de industrialização, à introdução da tecnologia na cadeia produtiva, gerando a redução dos custos e o aumento da produtividade, o que tornará o país mais competitivo, plenamente inserido na economia mundial, regulada pelo princípio da livre concorrência e da intervenção mínima do Estado no mercado.

Por sua vez, a exemplo dos países desenvolvidos, a educação também se constitui em um elemento-chave para o processo de desenvolvimento. Por isso, o investimento na educação é um passo fundamental para o progresso econômico. Uma população sem educação é uma população sem perspectiva de crescimento, sem visão no futuro.

Em larga escala, a educação permite o aperfeiçoamento da mão de obra dentro do país, viabilizando o processo de industrialização, elevando a qualidade de vida da população. A própria cultura de um povo sofre modificação, proporcionando a mudança de costumes, possibilitando a realização do planejamento familiar, por meio do controle da taxa de natalidade, bem como o anseio de ascendência profissional.

Como bem enfatiza Nóbrega (2005, p. 87):

“Além de constituir um ingrediente fundamental para o desenvolvimento, principalmente por seu papel no suprimento de pessoal qualificado para as empresas, para as atividades científicas e daí para o progresso tecnológico, a educação também explica o crescimento da renda dos indivíduos. No século XX, cerca de um quarto do crescimento da renda dos trabalhadores norteamericanos decorreu da expansão da educação.”

Como se sabe, o crescimento demográfico verificado em alguns países pobres, causado pela maior quantidade de filhos gerada por cada família, dada a precariedade de instrução, é um dos grandes empecilhos para o desenvolvimento econômico, tornando ainda mais grave os problemas enfrentados pela população, já que a quantidade de pessoas mantidas numa mesma família, faz reduzir a renda *per capita* familiar, comprometendo o acesso de todos os

integrantes à regular alimentação, saúde, educação e, por fim, ao mercado de trabalho. Nessas famílias, é bastante comum a provisão do lar apenas pelo patriarca, permanecendo a mãe nos serviços domésticos, necessários para a criação da prole em constante expansão.

“Um motivo para a armadilha da pobreza é a armadilha demográfica, quando famílias pobres escolhem ter muitos filhos. Essas escolhas são compreensíveis, mas os resultados podem ser desastrosos. Quando a prole é muito grande, essas famílias não podem investir em nutrição, saúde e educação para cada filho. Talvez consigam sustentar a educação de apenas um filho e talvez mandem apenas um deles para a escola. Portanto, taxas de fertilidade altas em uma geração tendem a elevar o empobrecimento dos filhos e a taxas altas de fertilidade também na geração seguinte. O crescimento demográfico rápido também exerce pressão sobre o tamanho das propriedades agrícolas e dos recursos ambientais, exacerbando assim a pobreza” (SACHS, 2005, p. 94).

A realidade das famílias instruídas é bem diferente. A primeira preocupação é com a programação familiar, havendo uma significativa redução no número de filhos gerados no casamento, mostrando-se bastante comum a participação da mulher no mercado de trabalho. Tais circunstâncias trazem melhoria à qualidade de vida da família, facilitando o acesso à educação a todos os filhos.

Na mesma linha de raciocínio, elucida Sachs (2005, p. 94):

“Como acontece com os outros obstáculos ao crescimento econômico, é possível evitar a armadilha demográfica. A educação das meninas permitiria que as mulheres entrassem com mais facilidade para a força de trabalho, aumentando seu poder de ganho e o ‘custo’ de estar em casa para ter filhos. Educação, justiça e ação social podem capacitar as mulheres a fazer escolhas de fertilidade com mais facilidade (em vez de escolhas feitas apenas pelo marido ou outros membros da família). As doenças das crianças podem ser tratadas a fim de garantir-lhes a sobrevivência, significando que os pais podem ter menos filhos, sentindo-se seguros de que seus descendentes sobreviverão para cuidar deles na velhice. O planejamento familiar e os serviços de saúde às mães podem ser oferecidos em comunidades muito pobres. Porém, tudo isso exige dinheiro, e dinheiro é o que falta nas economias mais pobres.”

A seu turno, a urbanização também se constitui em um fator relevante no processo de desenvolvimento. A urbanização oportuniza o acesso das pessoas à educação, ao mercado de trabalho, desencadeando o comércio e a prestação de serviços nas cidades, pressupostos indispensáveis para a eclosão da produção industrial e a circulação de capitais dentro do mercado de produção e consumo.

Doutra banda, a especialização do trabalho proporciona uma maior eficácia no processo produtivo, com o aperfeiçoamento da tecnologia empregada na produção, diminuindo os custos do empreendimento, com o conseqüente aumento dos resultados econômicos obtidos na atividade desenvolvida.

Nesse sentido, González (2007, p. 151) assevera que: “la especialización –la división del trabajo– es la base del bienestar público. A mayor especialización, mayor productividad y, por tanto, mayor crecimiento y mayor bienestar”.

O sistema financeiro é o terceiro ingrediente apontado por Nóbrega para o desenvolvimento econômico, pois, nas palavras do autor, de acordo com um amplo estudo realizado sobre o tema por Ross Levine, da equipe de pesquisadores do Banco Mundial, os instrumentos financeiros, assim como os mercados e as instituições, surgem para mitigar os efeitos dos custos de informação e de transação, além de facilitar as operações com riscos de ativos, promover a alocação de recursos em seus melhores usos, mobilizar poupanças para financiar o desenvolvimento, além de permitir as trocas com bases em bens, serviços e contratos financeiros (NÓBREGA, 2005, p. 90).

Na economia moderna, adverte Nóbrega (2005, p. 91), o sistema financeiro exerce o papel fundamental de prover o crédito para consumo e investimento, com o que contribui para a geração de renda e emprego.

A economia de mercado baseada no livre comércio é a base para o desenvolvimento, fomentando o investimento interno e o externo, com a introdução da tecnologia moderna no país.

Apontado por Nóbrega (2005) como o *quarto* elemento para a geração do desenvolvimento econômico, nesse modelo econômico de mercado que vivemos, embora mínima, salutar é a intervenção do Estado na ordem econômica, construindo os alicerces para o mercado se ordenar, impedindo qualquer forma de abusividade na prática da atividade empresarial, protegendo os contratos e a propriedade privada, além de construir a infraestrutura básica necessária para o setor econômico se expandir.

Sobre a necessária atuação do Estado, Sachs (2005, p. 88) adverte:

“O desenvolvimento econômico requer um governo para ele orientado. O governo tem muitos papéis a desempenhar. Ele deve identificar e financiar os projetos de alta prioridade de infraestrutura e disponibilizar os necessários serviços sociais e de infraestrutura para toda a população, não para uns poucos seletos. O governo deve criar um ambiente conducente aos investimentos de empresas privadas. Esses investidores precisam acreditar que poderão operar seus negócios e manter seus lucros futuros. O governo deve exercer controle sobre as demandas de suborno ou de pagamentos paralelos. Deve também manter a

paz e a segurança interna, de tal modo que a segurança de pessoas e propriedades não seja indevidamente ameaçada, manter sistemas judiciários que possam definir direitos de propriedade e fazer cumprir honestamente contratos, além de defender o território nacional para mantê-los a salvo de invasores.”

Nesse ponto, os incentivos, a que se refere Nóbrega, não se restringem a concessão de estímulos fiscais e financeiros por parte do Estado para a promoção do desenvolvimento econômico. Constitui-se incentivo para a economia de mercado, por exemplo, a consolidação de um ambiente propício para os investimentos, garantindo-lhes segurança e exequibilidade, através da criação de instituições que assegurem o cumprimento dos contratos e a proteção da propriedade privada, como ocorre no caso do Poder Judiciário, cujas decisões refletem de forma imediata na economia de mercado.

“A teoria dos incentivos tem contribuído para estabelecer regras que reduzem as incertezas, a assimetria de informação e os custos de transação, tornando a economia mais eficiente. Por exemplo, centrais de risco operadas pelo banco central permitem evitar a seleção adversa de devedores, o que reduz o potencial de prejuízos dos bancos e promove a redução do *spread* bancário. O mesmo ocorre nos leilões para a concessão de serviços públicos” (NÓBREGA, 2005, p. 100).

O combate à corrupção é outro fator determinante para o progresso econômico, pois somente assim se tornará viável o investimento no país, bem como o fornecimento de educação e saúde para a população em geral, com a adequação da carga tributária, gerando o aumento da riqueza nacional, dados caracterizadores da ascensão econômica de uma determinada nação.

Robert Lucas Jr., ganhador do *Prêmio Nobel de Economia de 1995*, citado por Nóbrega (2005, p. 74), afirma que:

“O crescimento econômico é a síntese de todas as atividades. Depende de tudo o que acontece em uma sociedade. E como as sociedades diferem entre si, a chave para o desenvolvimento econômico de cada uma está nas suas próprias características econômicas e culturais.”

Cumprido asseverar, que todos os aspectos referidos anteriormente são premissas básicas para o progresso da humanidade, cada qual constituindo um vetor que estimula a realização da atividade econômica, o que levará, por consequência, ao crescimento sustentável de uma nação, como bem sintetiza Nóbrega (2005, p. 75):

“Na verdade, o desenvolvimento é um processo complexo que depende de muitos ingredientes. Sua construção requer tempo, paciência e competência. Mais importante, o desenvolvimento depende de como os ingredientes são

combinados. Um passar de olhos na copiosa literatura sobre o tema permite identificar vários fatores que de alguma forma contribuíram e contribuem para o desenvolvimento. A lista é enorme:

Vale arrolar os mais citados (a ordem não determina a importância): o uso e a difusão da escrita, a moeda, o crédito, o mercado de capitais, o seguro, a invenção da pessoa jurídica, o relógio, a educação, a ciência, a inovação, a tecnologia, a poupança, o investimento, a religião, a cultura, a geografia, o Estado, a democracia, a honestidade, o sistema de contratos, o Judiciário, os incentivos, os programas de combate à pobreza, as crenças, as instituições, a mais-valia (segundo Marx) e por aí afora. Para coroar a lista, deve-se incluir a sorte.”

Em nosso estudo, trataremos de um elemento que se mostra essencial para a geração de desenvolvimento, o crédito, representado no capital necessário para a realização da atividade econômica, constituindo-se a causa desencadeadora do investimento no setor produtivo, proporcionando, assim, a melhoria da qualidade de vida e o bem-estar da população.

Conforme observa Regueira (2007, p. 98):

“De acordo com Neri e Giovanni (2005, p. 645): ‘Instrumentos de crédito não criam oportunidades, mas permitem que as boas oportunidades existentes na economia sejam aproveitadas. Uma sociedade sem crédito é uma sociedade de oportunidades limitadas, onde projetos lucrativos não saem do papel’. Em outras palavras, as oportunidades de bons negócios não surgirão porque direitos de propriedade foram estabelecidos e as pessoas passaram a dispor de seus imóveis como fonte de financiamento. Entretanto, uma vez que o acesso ao crédito seja facilitado, as pessoas poderão empreender novos negócios e aproveitar as boas oportunidades que surjam.”

Consoante restou bem equacionado no IV Encontro Ibero-Americano de Direito Registral (2006, p. 273-274), realizado na Colômbia, em 28.04.2006:

“A capacidade para gerar e favorecer o movimento de crédito é um indicador confiável da riqueza das nações. Um alto índice de crédito revela a existência de um nível equivalente de investimentos, gastos, geração de riqueza e movimentação econômica.

Um elevado índice de investimento não é gerado de forma espontânea, ao contrário, precisa de condições financeiras e jurídicas adequadas que permitam seu desenvolvimento.

A geração de movimento de crédito que nutra de liquidez o mercado, obtenha os rendimentos suficientes e permita a elevação de renda dos cidadãos é o objetivo de qualquer governo responsável.

O setor privado é responsável pela realização dos investimentos necessários para beneficiar o mercado e contribuir para a geração de riqueza. No entanto,

não existirá investimento se o mercado jurídico econômico não for propício. O capital privado, em busca da máxima eficácia, procurará mercados alternativos caso não encontre segurança jurídica suficiente para o desenvolvimento de sua atividade.

Do ponto de vista dos cidadãos, a falta de um marco jurídico econômico adequado impede o acesso a um mercado de capitais suficientemente aberto, e condena-os à ilegalidade, o que se traduz em condições mais severas e em taxas de juros fortemente onerosas devido às incertezas geradas.”

Surge então a questão: *Como obter o crédito necessário para impulsionar o desenvolvimento econômico de uma determinada nação?* Esse é o enigma a ser solucionado pelos governantes, para possibilitar o ingresso do país no mercado de capitais, viabilizando, assim, a conquista do progresso econômico.

O problema que envolve o acesso ao crédito constitui um obstáculo avassalador para a camada do setor econômico constituída pelos micro e pequeno empresários, o que dificulta o início da atividade, inibe a expansão do empreendimento e, por vezes, determina o encerramento de suas atividades.

O microcrédito é apontado pela comunidade internacional como um instrumento essencial para que as pessoas pobres aumentem sua renda, invistam em bens e tenham mais capacidade de reduzir sua vulnerabilidade diante de situações de desastre (IV Encontro Ibero-Americano de Direito Registral, 2006, p. 274).

Sobre os efeitos negativos da escassez de crédito para o desenvolvimento ou a expansão da atividade econômica, anota Regueira (2007, p. 93):

“A escassez de poupança faz com que a obtenção de financiamento para projetos de investimento não seja uma tarefa das mais fáceis, principalmente nos países mais atrasados. Além dos riscos inerentes aos projetos, estes países possuem economias instáveis e um sistema jurídico ineficiente que tende a modificar as regras pré-estabelecidas sempre que ocorrem crises na economia. Contratos de longo prazo tornam-se muito arriscados devido à incerteza inerente às condições econômicas futuras, que refletirão não apenas no fluxo de receita das empresas, como também na possibilidade de mudança das regras dos contratos, o que sempre trará prejuízos para uma das partes. Essa escassez de crédito provoca a elevação dos juros, que em alguns casos são proibitivos, impedindo a realização de novos empreendimentos ou a ampliação dos já existentes.”

Prossegue o autor (REGUEIRA, 2007, p. 103):

“Em países como o Brasil, o acesso ao crédito é restrito mesmo para devedores com sólidas garantias, apesar do crescimento nos últimos anos. Um setor

financeiro bem desenvolvido impulsiona o crescimento da economia, reduz as desigualdades. Desta forma, os custos para obter e processar informação tornam-se menores, os melhores projetos podem ser selecionados e as pessoas responsáveis pelos mesmos podem ser melhor monitoradas para que se dediquem e possam torná-los bem sucedidos. Além disso, o risco pode ser melhor administrado, fazendo com que projetos arriscados e potencialmente mais produtivos possam ser estimulados, o que gera maior retorno para os poupadores. Podendo acessar o sistema financeiro, pessoas dispostas e motivadas a estudar ou realizar novos empreendimentos podem obter recursos para investir em capital humano ou físico, quitando o financiamento no futuro com os salários ou lucros mais elevados que poderão vir a obter.”

O setor formado pelos micro e pequeno empresários, estando ou não regularmente constituídos, possui relevância significativa para o desenvolvimento econômico da nação, pela sua capacidade de absolver mão de obra junto ao mercado, contribuindo para o aumento do consumo interno do país, elevando o índice real de salários percebidos pelos trabalhadores, proporcionando o acesso do empresário, dos empregados e de sua família à regular alimentação, saúde e educação, garantindo condições dignas de vida à população.

Nesse trabalho, pretende-se revelar a potencialidade econômica do patrimônio imobiliário que existe em uma nação. Comumente, os imóveis são ofertados como garantias reais para a obtenção de crédito no mercado financeiro, possibilitando o desenvolvimento e a expansão da atividade empresarial.

Partindo-se da constatação de Soto (2001), de que a maior parte das habitações existentes nos países pobres e em desenvolvimento não se encontra devidamente registrada, será evidenciada a importância da regularização fundiária, para transformar os imóveis em ativos financeiros, ou seja, bens capazes de gerar crédito em uma sociedade, oportunizando, assim, o investimento no setor produtivo, necessário para a promoção do crescimento econômico e o bem-estar social da nação.

3. AS TEORIAS DO INVESTIMENTO

A promoção do desenvolvimento econômico é um dos grandes desafios da sociedade moderna, globalmente considerada. A união dos povos traz benefícios comuns para todas as civilizações, na medida em que o crescimento sustentável dos países pobres e em desenvolvimento fomentará o consumo do produto dos países ricos, viabilizando o escoamento de sua produção, garantindo, assim, a preservação do sistema capitalista.

O capitalismo é um sistema econômico que tem por característica a acumulação de capital.

A acumulação de capital, que decorre do excedente da produção, é a razão de ser do sistema de produção capitalista. O capitalismo não sobrevive sem a acumulação de capital, na medida em que a acumulação acaba por se constituir na própria razão de ser do sistema, necessária para a sua preservação, já que parte do lucro produzido é reinvestido na produção.

Efetivamente, a acumulação de capital é o mecanismo que garante a preservação da matéria-prima necessária para a alimentação do sistema. O capital, que se caracteriza como o excedente da produção, o lucro auferido no exercício da atividade, é premissa básica do sistema. Não havendo o excedente, perde-se toda a razão de atuação. De forma antecipada, não existindo a *perspectiva do lucro*, o capitalista descarta qualquer possibilidade de se manter no sistema. Na mesma linha, o lucro, como resultado da produção, é necessário para realimentar o sistema, permitindo que o empresário promova os investimentos necessários para o aperfeiçoamento da produção, seja nos aspectos quantitativos, qualitativos ou monetários, o que definirá a potencialidade do produto inserir-se no mercado competitivo.

O capitalista que não suporta as pressões decorrentes da concorrência não sobrevive no mercado, mostrando-se imperativa a realização de investimentos, que reduzem os seus custos de produção, além de proporcionar a melhoria na qualidade do produto empresarial. O aspecto quantitativo também se mostra necessário, na medida em que, no momento em que o capitalista empreendedor desatender a demanda posta pelo mercado de consumo, perderá espaço para seus concorrentes.

Sachs (2008, p. 257-258) evidencia que a realização de investimentos é elemento crucial para a aquisição da moderna tecnologia necessária para o aprimoramento da produção capitalista. O aperfeiçoamento da empresa depende do investimento, não decorre de efeitos naturais do mercado.

“Muitas das novas tecnologias estão corporificadas em tipos específicos de máquinas (tais como um novo computador ou um telefone celular) ou em habilidades específicas (tais como um treinamento médico). Em outras palavras, mesmo quando as ideias por trás de uma tecnologia encontram-se à disposição do mundo todo, o uso dessa tecnologia requer investimento em capital físico (máquinas) e capital humano (habilidades)” (SACHS, 2008, p. 257-258).

Portanto, o investimento é a ferramenta necessária que garantirá a preservação do empresário no sistema capitalista. Quanto maior for o investimento, maior será a qualidade do produto oferecido no mercado, reduzindo-se os custos para a sua produção, tornando a empresa capacitada para concorrer no mercado.

Por sua vez, a concorrência acirrada travada entre as empresas proporciona a equação dos preços cobrados no mercado, em benefício do público consumidor, que poderá optar por produtos mais sofisticados, a preços menores.

O menor custo de produção ainda reflete no lucro auferido na atividade, viabilizando uma maior acumulação de capital, parte do qual será reutilizado pela própria empresa em novos investimentos, inclusive com a contratação de pessoal, ampliando a oferta de emprego no mercado.

Por sua vez, a ampliação do mercado de consumo, que decorre da maior oferta de emprego na sociedade, corroborada pela majoração da eficácia real dos salários (produtos ofertados a preços inferiores comprometem em menor escala o salário real auferido pelo trabalhador), refletirá na quantidade das vendas promovidas pelas empresas, proporcionando-lhes maior lucro.

Como visto, há um círculo vicioso na economia. O investimento gera o aumento da produção, a melhoria na qualidade dos produtos, bem como a redução dos custos necessários para a sua fabricação. A redução dos custos de produção proporciona o barateamento dos produtos ofertados no mercado, sendo este um dos pressupostos para a concorrência. A redução do preço é um dos mecanismos que alavancam o consumo, dada a majoração da eficácia real dos salários. A redução dos custos, aliada ao aumento do consumo, refletirá no aumento do lucro auferido pela empresa. O aumento do lucro, por sua vez, incentivará maiores investimentos, inclusive com a contratação de pessoal. A ampliação da massa assalariada, que decorre da maior oferta de trabalho no mercado, gera a ampliação do mercado de consumo, o que refletirá no escoamento da produção, bem como no lucro final obtido na atividade. De um polo a outro, o investimento proporciona maior lucro ao empreendedor. Por sua vez, o *lucro real obtido*, que será em parte utilizado como *matéria-prima* na cadeia produtiva, bem como a *perspectiva de lucro futuro*, são fatores relevantes para a opção do investimento.

A interligação de todos esses elementos é premissa básica para o desenvolvimento sustentável da nação, na medida em que o mercado capitalista não sobrevive sem a estruturação do mercado consumidor. Há necessidade de fortalecer o setor de consumo, através da geração de mais empregos, como condição para o escoamento da produção, que ditará os índices de produtividade. Não havendo demanda, haverá a retração da produção, desarticulando a realização de novos investimentos. De qualquer forma, o investimento é o grande elo da cadeia produtiva, constituindo uma das premissas básicas para o desenvolvimento econômico.

Se o *lucro* aparece como o *pressuposto finalístico* do investimento (investe-se para a obtenção de uma maior lucratividade na empresa), o capital é o *pressu-*

posto condicionante do investimento. Apenas parte do custo do investimento é sustentado por recursos da própria empresa, retirados do lucro da atividade; o restante do capital necessário para a realização do investimento deve ser obtido junto às instituições financeiras.

A oferta de crédito ao mercado de produção é, portanto, condição para a realização do investimento. O empresário não conseguiria arcar sozinho com os custos necessários para a realização do investimento, trazendo inovação à sua atividade, adquirindo máquinas e equipamentos modernos, já que isso pressupõe o dispêndio de consideráveis somas de dinheiro.

Nesse campo, as instituições financeiras aparecem com o importante papel de intermediar o capital, captando os recursos disponíveis no mercado, junto aos poupadores superavitários, transferindo esses recursos aos empresários momentaneamente deficitários, que precisam de recursos alheios para investir em sua atividade, visando a obtenção de maior lucro na empresa.

Oliveira (2004, p. 11) destaca a importância do crédito para o desenvolvimento econômico, nos termos:

“A existência de financiamentos a custos compatíveis com o retorno esperado do projeto de investimentos constitui condição elementar para a retomada do crescimento econômico sustentado da economia brasileira, sobretudo num contexto de baixa capacidade de gastos do setor público e de alta volatilidade dos fluxos voluntários internacionais de capitais.

A consolidação deste quadro, no entanto, exige um conjunto de iniciativas que busquem estimular o desenvolvimento de canais de financiamento existentes, entre os quais o financiamento bancário. Um fator determinante que atua no sentido de restringir a dinamização deste canal corresponde às elevadas diferenças entre as taxas que os bancos pagam aos seus depositantes pela captação de recursos e cobram dos mutuários em seus empréstimos. Estes diferenciais correspondem aos *spreads* bancários, a remuneração bruta estipulada pelos bancos em suas operações de crédito.

A prática de altos *spreads* bancários, ao tornar o custo do dinheiro elevado, faz com que empresas e indivíduos prorroguem decisões de investimento e consumo, respectivamente, vez que aumenta a possibilidade de o retorno do projeto ou o fluxo futuro de salário ser insuficiente para a realização do repagamento da dívida. Em contextos sob os quais o crédito é caro e escasso, muitos projetos lucrativos apenas são viabilizados mediante a existência de poupança prévia, reprimindo o ciclo de negócios da economia e, assim, minimizando o potencial de seu crescimento.

No mais, crédito caro torna o país mais suscetível a crises externas, seja por encarecer os custos da produção doméstica, tornando-a menos competitiva

a nível internacional, seja por deslocar a demanda por financiamento para o mercado forâneo, aumentando o nível de endividamento do país em moeda estrangeira. Também faz com que o crescimento econômico se dê num cenário de instabilidade financeira, pois torna qualquer aumento do custo do dinheiro um fator de grande impacto sobre a capacidade do agente tomador honrar seus compromissos e faz do simples ato de tomar crédito uma postura financeira especulativa (no sentido minskyano).”

Para os poupadores, o banco paga uma determinada taxa de juros, a título de compensação pela disponibilidade do recurso. Aos investidores, o banco repassa os valores captados no mercado, cobrando uma taxa de juros superior, fixada em patamar suficiente para cobrir todos os custos de captação (despesas administrativas, impostos, risco de inadimplemento etc.), acrescida da taxa de administração (denominação que ora damos à remuneração cobrada pelo exercício da intermediação, ou seja, o lucro obtido pelo banco).

Enquanto o poupador prioriza a liquidez da aplicação, caracterizada pela possibilidade de resgate a qualquer tempo dos numerários disponibilizados à instituição, circunstância que justifica o recebimento de uma taxa de juros (rendimento) inferior a outros investimentos (quanto maior o risco, maior o retorno financeiro e vice-versa), para o empreendedor (investidor) mostra-se relevante a obtenção de um prazo relativamente elástico para o pagamento do empréstimo, já que o investimento realizado necessita de certo tempo para dar o retorno esperado.

Nessa relação entre a poupança (acumulação de capital) e o lucro, aparece a taxa de juros, utilizada como medida de sustentação do sistema. A taxa de juros definirá a quantidade de recursos disponíveis no mercado. Elevando-se a taxa de juros, atrai-se o interesse de mais poupadores, fomentando-se a acumulação de capital, retraindo-se, contudo, os investimentos. Por sua vez, a redução da taxa de juros fomenta a realização de investimentos, diminuindo a acumulação.

A relevância econômica da taxa de juros na determinação do investimento é uma constante nos debates travados pelos economistas, ora negando a relação entre *taxa de juros* e *investimentos*, ora colocando-a como fator preponderante para o investimento em produção.

De qualquer forma, há que se reconhecer que a *modificação da taxa de juros* é uma das políticas adotadas pelo governo para balancear a relação entre a poupança e o investimento, na medida em que, ao que parece, nos períodos em que se verifica a redução do volume de crédito disponível no mercado, eleva-se a taxa de juros, ao passo que, percebendo-se a retração nos investimentos, reduz-se a taxa de juros.

Contudo, a relação entre a *oferta de crédito*, a *taxa de juros*, e o *investimento* não é tão simples como parece, sendo alvo de acirradas discussões entre os economistas. Não fosse assim, não haveria tantas teorias suficientemente defensáveis a explicar o assunto.

Na tentativa de construir um suporte teórico básico que possa auxiliar na compreensão do fenômeno econômico, passa-se a equacionar de forma um tanto superficial a ideologia defendida por cada uma das teorias surgidas para explicar os *elementos determinantes do investimento*. Ao final, pretende-se demonstrar a relação de causalidade entre o *volume de crédito*, a *taxa de juros* e os *investimentos*, para evidenciar a influência de todos esses fatores para o desenvolvimento econômico.

3.1 *Da teoria clássica do investimento*

De acordo com Luiz Pereira (1991, p. 3): “os economistas clássicos consideravam o volume de investimento dependente fundamentalmente da taxa de lucros”. A acumulação de capital era determinada pelo excedente do produto existente na sociedade. Havendo excedente, havia a acumulação de capital. O lucro, que aparece caracterizado como excedente de capital, determinava o investimento. Quanto maior fosse o lucro, maior seria o investimento. A economia entraria em estagnação quando a taxa de lucros fosse decrescente, na medida em que isso desestimularia os empreendedores a continuar investindo.

No sistema capitalista, a acumulação de capital estaria relacionada à taxa de lucros (visão marxista). Quanto maior fosse a mais-valia, o excedente da produção, o lucro propriamente dito, maior seria a disposição de investir. Nos casos em que a taxa de lucros baixasse, o capitalista estaria mais propenso a poupar.

Luiz Pereira (1991, p. 5) enfatiza que: “provavelmente por considerar de importância secundária, do ponto de vista da acumulação, Marx não relacionou a taxa de juros com o investimento”. A taxa de juros caracterizava-se apenas como uma parcela do lucro paga ao proprietário do capital, variável de acordo com o desenvolvimento da economia e, portanto, de sua capacidade de acumulação de capital. A curto prazo, a taxa de juros poderia ser influenciada pela quantidade de crédito ofertado no mercado. Quanto maior a acumulação de capital, menor a taxa de juros, na medida em que o volume do capital acumulado estabeleceria a expressividade do crédito ofertado. A longo prazo, a taxa de juros seria influenciada pela taxa de lucros, já que a taxa de juros é considerada uma parte do lucro recebido pelo empreendedor. Considerando que a taxa de juros é determinada pela flutuação da taxa de lucros, pondera-se que

cabe à taxa de lucros, e não à taxa de juros, o papel fundamental de condicionar a acumulação de capital.

Percebe-se na *teoria clássica* a menor importância dada à taxa de juros fixada no mercado. O investimento seria determinado prioritariamente pela taxa de lucro. O lucro, portanto, seria o grande impulsionador do investimento. O lucro ainda determinaria a acumulação de capital. Nesse meio de campo, a taxa de juros estaria determinada pela quantidade de capital acumulado (oferta de crédito), bem como pela margem de lucro obtida pelo empresário, já que o juro se consubstanciava na parte do lucro paga pelo capitalista investidor ao capitalista poupador. A grosso modo, a taxa de juros seria determinada pela lucratividade do investimento, e sua capacidade de acumulação, não se reconhecendo que o investimento pudesse ser de qualquer forma impulsionado pela taxa de juros. O que efetivamente determinava o investimento era a taxa de lucros. O empresário visava unicamente o lucro quando se posicionava a investir. Enquanto houvesse o lucro, existiria o investimento.

3.2 *Da teoria neoclássica do investimento*

Para a teoria neoclássica, a *taxa de juros* passa a ser o grande definidor do investimento. Como bem esclarece Luiz Pereira (1991, p. 6):

“Os neoclássicos afirmavam que a taxa de juros era determinada pela oferta de poupança e a demanda de investimentos. Quanto maior a taxa de juros maior a poupança e menor o volume dos investimentos. Estes diminuiriam (ou aumentariam) conforme aumentasse (ou diminuísse) a taxa de juros, dada a alternativa de emprestar ao invés de investir quando a taxa de juros estivesse alta. A taxa de juros funciona como o preço do capital. É determinada pela lei da oferta e da procura, ou seja, pelos mecanismos automáticos de mercado, e tem como função manter o sistema econômico permanente e necessariamente em equilíbrio. Se, por qualquer motivo, reduz-se a procura de investimentos através de um deslocamento da curva de procura para a esquerda (por exemplo, porque os capitalistas se sentissem inseguros em relação ao futuro), a taxa de juros reduzir-se-ia imediatamente e o volume procurado se restabeleceria através de um movimento ao longo da curva de procura. Dentro do modelo neoclássico, portanto, a taxa de juros, além de ser central do ponto de vista econômico, tem um papel ideológico básico. Através dela torna-se viável desenvolver um modelo do sistema capitalista que se mantém em equilíbrio automaticamente, sem necessidade de intervenção do Estado. Da mesma forma que os preços propriamente ditos mantêm o equilíbrio do mercado de trabalho, a taxa de juros mantém o equilíbrio não apenas do mercado financeiro, mas do mercado de ativos reais.”

A partir da *teoria neoclássica*, a taxa de juros passa a ser o mecanismo regulador da economia, determinando-se pela lei da oferta e da procura. Havendo retração nos investimentos em decorrência da elevação da taxa de juros no mercado financeiro, a redução da taxa de juros fomentaria a retomada dos investimentos no setor produtivo. Por sua vez, no momento em que a disponibilidade de crédito resultasse escassa, comprometendo a estabilidade do sistema financeiro, a elevação da taxa de juros serviria para atrair o interesse de aplicadores/poupadores.

3.3 *Da teoria schumpeteriana*

Dentro da teoria clássica, Schumpeter retoma o papel do lucro no ciclo econômico. “Seu raciocínio parte da suposição de um ‘fluxo circular’, ou seja, de um estado estacionário da economia, em que não haveria nem desenvolvimento, nem acumulação líquida de capital, nem lucros” (PEREIRA, 1991, p. 7). Para retirar-se deste estado de estagnação, o empresário se utilizaria da inovação. A inovação garantiria novamente o lucro na atividade. O lucro geraria a acumulação de capitais e o aumento da produção. Para Schumpeter, o lucro seria o grande propulsor do desenvolvimento econômico. Aos juros reservar-se-ia apenas um papel secundário, resultado que é do lucro gerado na atividade.

Conforme evidencia Luiz Pereira (1991, p. 8): “a taxa de juros cresce quando ondas de inovação permitem que a taxa de lucros cresça. É óbvio, portanto, que o essencial para acumulação, segundo Schumpeter, além dos fatores psicológicos, são a inovação, os lucros e a taxa de lucro, e não a taxa de juros”.

3.4 *Keynes e a teoria keynesiano-neoclássica*

Luiz Pereira (1991, p. 8) destaca a tentativa de Keynes de revigorar o *lucro* como o grande propulsor do investimento, ao criar o conceito da “eficiência marginal do capital”, indicativo que apontaria a taxa de lucro prevista para o investimento. Não obstante, Keynes manteve a relevância da taxa de juros, ao estabelecer que o volume de investimentos restaria estendido até o ponto em que a taxa de lucro prevista não mais pudesse suportar o pagamento da taxa de juros cobrada, mostrando seus estreitos laços com a teoria neoclássica.

Nesse mesmo sentido, equacionam Alves e Luporini (2007, p. 3):

“Segundo Keynes (1936), em sua *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, o empresário tomaria a decisão de investir com base na comparação entre a taxa de retorno esperada do investimento (eficiência marginal do capital) e o custo de oportunidade do capital a ser investido, que é dado pela taxa para obtenção de fundos ou de aplicação de recursos no mercado financeiro (taxa

de juros). Em qualquer decisão de investimento, portanto, o capitalista se vê obrigado a antever a evolução futura e, portanto, incerta do mercado para o produto específico a ser gerado pelo investimento.”

De acordo com Luiz Pereira (1991), para Keynes, a relação entre a taxa de juros e a taxa de lucro, a curto prazo, decorreria unicamente de uma questão monetária. “Seria a preferência pela liquidez de um lado e a oferta de moeda determinada pela política monetária de outro que determinariam a taxa de juros.” Os neoclássicos, por sua vez, colocavam a “determinação da taxa de juros no plano real de oferta de poupanças e procura de investimentos” (PEREIRA, 1991, p. 24).

Na visão de Chociay e Neves (*sine data*, p. 10-11): “os juros se inserem na teoria keynesiana como um dos determinantes do investimento, portanto, de maneira mais geral, afetam o nível de emprego e de renda”. O volume do investimento a ser realizado pelos empresários depende de fatores que vão da expectativa sobre a demanda futura de bens e as oportunidades de lucros. Os lucros, por sua vez, são medidos pela contraposição da *eficiência marginal do capital* com a *taxa de juros*. O primeiro aspecto que define a taxa de juros é estabelecido pela *Teoria da preferência pela liquidez*, que reflete a *possibilidade de conversão a qualquer momento em elementos resultantes da produção de qualquer período*. Juros mais altos consubstanciam um estímulo para os agentes abrirem mão de parcelas maiores de liquidez. O segundo aspecto que define a taxa de juros é a oferta de moeda.

Por sua vez, esclarece Fernando Carvalho (2005, p. 27), que na abordagem keynesiana, o acesso aos meios de pagamento, ao financiamento, é o elemento definidor da realização do investimento. O ponto de partida da abordagem keynesiana do investimento não poderia ser mais simples ou intuitivo: como ocorre com a aquisição de qualquer bem, a condição para que a operação se realize é a de que o comprador tenha consigo meios de pagamento. A obtenção dos meios de pagamento necessários à realização de uma despesa é o que Keynes chamou de “financiamento” (*finance*). Trata-se de um tipo de demanda por moeda, tanto quanto as demandas transacionais, precaucionárias e especulativas por moeda, conhecidas dos livros-texto de macroeconomia.

Portanto, a síntese keynesiano-neoclássica surge para retomar a prioridade dada à taxa de juros como elemento definidor do ciclo econômico, reservando para um segundo plano a teoria do lucro. Paul Samuelson, citado por Luiz Pereira (1991, p. 8-9), afirma que: “a taxa de juros é o mecanismo que a sociedade usa para destacar os investimentos que são mais urgentes e econômicos. Quando a taxa de juros é alta, apenas os projetos com produtividades líquidas podem se justificar”.

Luiz Pereira (1991), adepto à teoria keynesiana que era, destaca a dificuldade de se determinar a relação entre a taxa de lucro e a taxa de juros, a curto prazo, na medida em que o aumento da taxa de juros é implementado pelo crescimento da demanda de crédito, proporcionado por aspectos favoráveis do mercado, que demonstram boas perspectivas de lucro aos capitalistas. A denominada lei da oferta e da procura. A longo prazo, porém, a taxa de juros tende a acompanhar a taxa de lucros, “na medida em que o juro é a parte do lucro que os capitalistas ativos estão dispostos a pagar aos capitalistas inativos pelo empréstimo do seu capital” (PEREIRA, 1991, p. 24-25).

Alves e Luporini (2007, p. 5) abordam o tema sobre os *efeitos das restrições financeiras sobre os investimentos*, destacando a necessidade de haver fontes de financiamento adequadas para viabilizar os investimentos em bens de capital. De acordo com as autoras: “o ritmo de crescimento de uma economia depende da disponibilidade de recursos para investimento e do custo desses recursos”.

“Segundo Stiglitz e Weiss (1981), a existência de assimetria de informação, seleção adversa, e efeitos de incentivos nas economias em desenvolvimento, podem fazer com que os credores prefiram racionar crédito e impor limitações quantitativas ao mesmo.

De acordo com Ronci (1988), um dos principais entraves ao investimento nos países em desenvolvimento é a quantidade de recursos financeiros disponíveis, que seria mais importante, inclusive, que o seu próprio custo. Em países em desenvolvimento, uma parcela significativa das firmas se depara com racionamento de crédito, e o impacto sobre o investimento privado é ampliado pela existência de uma fraca estrutura do mercado de capitais, o que diminui o acesso das firmas ao capital [Rama (1993)].

De acordo com a CNI (2003), o financiamento à atividade produtiva no Brasil é caro e escasso e constitui um obstáculo ao crescimento das empresas e do país. As taxas de juros reais nos empréstimos bancários são elevadas, o montante de crédito expresso como proporção do Produto Interno Bruto (PIB) é mais baixo que nos países industrializados e nas economias emergentes” (ALVES; LUPORINI, 2007, p. 5).

Heller (2001, p. 11), analisando a teoria econômica de James Meade, que se propôs a simplificar a *Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda de John Maynard Keynes*, apontou: “a relação entre investimento, taxa de juros e a eficiência marginal do capital (ou as condições necessárias para a estabilidade do equilíbrio)”.

De acordo com a autora, na sua teoria econômica, objetivando pontuar as condições necessárias para a conservação da estabilidade econômica, Meade

parte do pressuposto de haver um aumento do consumo, acompanhado do aumento da produção dos bens de capital e de bens de consumo, fatores que trazem por consequência a elevação da renda e da capacidade de acumulação, bem como o aumento do lucro e das expectativas de maiores lucros futuros, circunstâncias que servem de incentivo para o investimento.

“Para Meade, o aumento inicial do gasto eleva tanto o montante de renda a ser poupado quanto o montante de renda a ser investida, mas dependendo da relação entre o aumento da poupança e o aumento do investimento, o sistema poderia estar em equilíbrio estável ou instável. Para o objetivo desta pesquisa, o que importa é que, segundo Meade, o aumento dos lucros correntes implica um aumento dos lucros esperados (não necessariamente na mesma proporção), e isto incentiva o investimento” (HELLER, 2001, p. 12).

Esclarece Heller (2001, p. 12) que, no teste de estabilidade ou instabilidade, gerado a partir do *aumento da poupança* e do *aumento do investimento*, em uma economia impulsionada pelo aumento do gasto em consumo, Meade propõe-se a ponderar os reflexos da *manutenção da taxa de juros* ou da *manutenção da quantidade ofertada de moeda* sob os demais fatores relevantes do sistema econômico.

Na sua teoria, a preservação da estabilidade econômica deve ser regulada pela *taxa de juros* fixada no mercado. Por exemplo, em uma economia em ascensão, caracterizada pelo aumento da renda, dos lucros e do emprego, a manutenção da taxa de juros fomentaria uma maior acumulação de capitais, em detrimento dos investimentos no setor produtivo. Neste caso, mostrar-se-ia necessária a redução da taxa de juros para o fim de incentivar o investimento produtivo. Por sua vez, em uma economia em que não houvesse o aumento nominal dos salários e da capacidade de acumulação, seria necessária a elevação da taxa de juros, com o objetivo de desestimular o investimento, priorizando a acumulação.

“Caso a política econômica seja a de manter a taxa de juros constante, a oferta de moeda deve aumentar para que a razão entre o volume de ativos não líquidos e o de ativos ‘ociosos’, isto é, $plK/(M - AY)$, se mantenha constante e a taxa de juros não se altere para uma dada função preferencial pela liquidez $l(r)$. Neste caso o equilíbrio será estável se as oito equações mostrarem que, mantidas inalteradas as variáveis independentes (taxa nominal de salários w e proporção poupada da renda s) – ‘é preciso reduzir a taxa de juros para preservar o equilíbrio à medida que o emprego aumenta, pois a menos que a taxa de juros caia, qualquer aumento eventual da renda, dos lucros e do emprego estimularia o investimento numa proporção menor do que a poupança, e esta expansão não poderia ser mantida’ (MEADE, 1937, p. 100). Em outras palavras:

trata-se do equilíbrio estável pois se a taxa de juros não cair, o investimento aumenta menos do que a poupança quando a oferta de moeda aumenta e neste caso a expansão inicial não se sustenta. Por outro lado, o equilíbrio será instável se as oito equações mostrarem que, mantidas inalteradas as variáveis independentes (taxa nominal de salários e proporção poupada da renda) – ‘é preciso elevar a taxa de juros para preservar o equilíbrio à medida que o emprego aumenta, pois isto significa que qualquer aumento eventual da renda, dos lucros e do emprego estimularia o investimento numa proporção maior do que a poupança (...)’ (MEADE, 1937, p. 100). Ou seja, o equilíbrio só pode ser preservado se o investimento for desestimulado por um aumento da taxa de juros. As palavras de Meade: ‘o equilíbrio será instável se (...) for preciso elevar a taxa de juros (...) de modo a desencorajar o investimento’ (MEADE, 1937, p. 100), permitem descrever uma nova causalidade, desta vez entre investimento e juros” (HELLER, 2001, p. 12-13).

Na mesma linha de raciocínio, a estabilidade do crescimento econômico deve ser assegurada pela oferta de crédito no mercado. Em períodos de expansão da atividade econômica, há uma predominância sobre os investimentos, em detrimento da acumulação de capital. Caso a quantidade de moeda ofertada no mercado não fosse freada pelo aumento da taxa de juros, a estabilidade do sistema não seria preservada, pela ulterior escassez de moeda no mercado. Há necessidade de frear os investimentos, fomentando a acumulação.

“Meade desenvolve um raciocínio semelhante para a suposição alternativa de que a política adotada, quando há um aumento eventual do gasto, é a manutenção da oferta de moeda. A regra geral é a mesma (estabilidade quando a poupança se eleva mais do que o investimento e vice-versa), e ao discutir as consequências da manutenção de uma oferta de moeda constante acaba por explicitar que é a oferta de moeda que determina a taxa de juros. Por exemplo, ‘a não ser que a taxa de juros seja mantida baixa por um aumento da oferta de moeda, o incentivo a poupar crescerá mais rápido do que o incentivo para investir, e a expansão [do emprego e da renda] não seria possível’ (MEADE, 1937, p. 101), ou um pouco mais à frente: “uma expansão eventual do emprego e da renda aumentaria o incentivo a investir mais do que o incentivo a poupar, de modo que uma redução da oferta de moeda seria necessária para elevar os juros o suficiente para manter o equilíbrio” (HELLER, 2001, p. 12-13).

Heller ainda aponta os ensinamentos de Meade no tocante à relação entre o nível de emprego e as variáveis *taxa de juros*, *oferta da moeda*, *taxa nominal de salários* e a *proporção poupada da renda*, ao equacionar a influência da taxa de juros sobre a demanda por trabalho. Nesse quadro, Meade, citado por Heller (2001, p. 14), de forma bastante sistemática, destaca as relações de causa e efeito entre as diversas variáveis econômicas, conforme segue:

“Uma redução da proporção poupada da renda aumenta o gasto em consumo; haverá então um aumento do gasto total e do emprego, a não ser que o investimento caia na mesma proporção que o aumento do consumo. Mas o investimento só cai se houver uma elevação da taxa de juros, e a taxa de juros só se eleva se houver uma redução da oferta de moeda ‘ociosa’. Mas, para uma dada oferta total de moeda, a oferta de moeda ‘ociosa’ só cai se houver um aumento no gasto total, provocando um aumento da demanda por moeda para financiar as transações correntes. Portanto, a taxa de juros não pode se elevar o suficiente para reduzir o investimento na mesma proporção em que o gasto em consumo se elevou” (MEADE, 1937, p. 104).

Por derradeiro, Rezende e Souza Jr. (*sine data*, p. 9) evidenciam que a redução dos juros reais contribui de forma significativa para a retomada dos investimentos, anotando que: “a taxa de juros atual do Brasil ainda é elevada e é considerada um obstáculo ao crescimento”.

3.5 *A relação entre a oferta de crédito, a taxa de juros e o investimento*

As teorias econômicas modernas parecem concordar com a relação entre a *oferta de crédito, a taxa de juros e o investimento*. O papel do investimento no desenvolvimento econômico, por sua vez, jamais foi contraditado.

O crédito exerce papel fundamental dentro do sistema capitalista. Os empresários, detentores do conhecimento e titulares dos meios de produção, necessitam angariar recursos junto aos agentes superavitários, para realizar o investimento necessário para manter sua atividade dentro sistema capitalista, regido pelas regras da livre iniciativa e da concorrência. A inovação é o segredo do sucesso.

Dessa forma, no mundo capitalista, são agregados os recursos havidos pelo capitalista-financeiro (poupador), ao conhecimento e à titularidade dos meios de produção existentes na pessoa do capitalista-produtivo (investidor). A cooperação de ambos permite o desenvolvimento do sistema, trazendo vantagens econômicas mútuas. Singularmente considerado, o primeiro recebe a taxa de juros, a título de retribuição pelo recurso emprestado; ao segundo, cabe o recebimento do lucro pelo exercício da atividade.

Nesse processo de cooperação, as instituições financeiras, na qualidade de intermediários, assumem o papel fundamental de conciliar o interesse de ambos os agentes econômicos. Considerando que o poupador não possui qualquer informação sobre o negócio realizado pelo empreendedor, incorreria em enorme risco caso devesse emprestar de forma direta os recursos ao tomador. Por desconhecer o ramo de atividade do investidor, o poupador prioriza a li-

quidez dos valores disponibilizados aos bancos, que lhe garante a segurança econômica do resgate.

Nesse campo, as instituições financeiras assumem o compromisso de intermediar a captação e a concessão do crédito, garantindo uma maior liquidez para o capital. Pela sua especialidade, os bancos se mostram perfeitamente capacitados a verificar com maior precisão a higidez da atividade desenvolvida, a própria solvabilidade do devedor, pontuando, assim, o risco de crédito de cada operação.

Com isso, o poupador tem conhecimento da possibilidade de resgate a qualquer tempo dos valores depositados, da ampla liquidez da aplicação, e por isso aceita receber uma taxa de juros em patamar inferior àquela cobrada pelo banco do investidor.

A diferença entre a taxa de juros paga para a captação do recurso e a taxa de juros cobrada para a concessão do empréstimo, denomina-se *spread* bancário. No *spread* estão embutidos todos os custos necessários para o exercício da atividade bancária, v.g. despesas administrativas, impostos, juros pagos ao poupador, bem como a probabilidade de inadimplemento do contrato firmado. Uma parcela do *spread* é ainda representada pela remuneração auferida pelo banco em razão do exercício da atividade.

De qualquer forma, como visto, o crédito é fator indispensável para a realização do investimento. Contudo, parcela significativa do setor produtivo não dispõe dos meios adequados que o capacite a ingressar no sistema formal de crédito, sendo forçado a procurar meios alternativos de financiamento, mediante a alienação do capital produtivo da empresa, ou angariando recursos junto a agiotas, o que torna o custo do crédito muito mais caro para o empreendedor.

“O crédito informal é muito comum nas comunidades carentes do Rio de Janeiro. As pessoas obtêm crédito no comércio legal e também empréstimos de parentes e amigos na forma de dinheiro, cheque, ou mesmo do empréstimo do cartão de crédito. Observa-se que as modalidades de crédito utilizadas por esses moradores de comunidades pobres não exigem a necessidade de garantias, porém os juros cobrados são elevados. É possível perceber com clareza que este crédito é direcionado majoritariamente para o consumo. Além disso, verifica-se também que essas pessoas financiam compras de outras pessoas, em uma forma de crédito informal. Tais relações são possíveis em grupos fechados e raras vezes visam o lucro para o intermediário, que cedeu seu nome para a concretização da transação” (REGUEIRA, 2007, p. 168).

Nesse ponto, não há como se negar a relação entre a *oferta de crédito* e o *investimento*. A realização dos investimentos depende da quantidade de crédito ofertado no mercado. A retração dos financiamentos por parte das instituições

bancárias, comum em época de instabilidade econômica, na medida em que o banco também prioriza um grau mínimo de estabilidade em suas negociações, gera a redução dos níveis de investimento no setor produtivo, freando o desenvolvimento do país.

A taxa de juros é outro fator determinante do investimento. O assunto, contudo, é alvo de muitas controvérsias. De qualquer forma, as políticas governamentais parecem reforçar a tese da relação entre a taxa de juros e os investimentos, na medida em que, percebendo-se a retração nos investimentos, prontamente determina-se a redução da taxa de juros, essa colocada como meta secular do governo, sempre em nome do tão desejado desenvolvimento econômico.

Há que se considerar que o *volume de poupança* e o *nível de investimento* realmente sofrem influência pela *taxa de juros* fixada no mercado.

O objetivo primeiro do capitalista, como restou evidenciado anteriormente, é a acumulação de capital, o lucro. Sem o lucro, não há qualquer motivação para o investimento. O capitalista sabe, contudo, que a sobrevivência no sistema depende da realização de novos investimentos, o que preservará e aumentará o lucro do empreendimento.

Mostra-se evidente, assim, que a expressividade do lucro previsível é elemento relevante para a decisão de investir. O capitalista investe para auferir maior vantagem econômica que aquela outrora percebida, ou seja, maior lucro.

Contudo, nesse quadro merece destaque a relevância da taxa de juros como elemento determinante do investimento. O capitalista somente optará pelo investimento a partir do momento em que perceber que o lucro previsto para aquele determinado tipo de investimento será capaz de suportar o pagamento da taxa de juros cobrada no mercado.

A taxa de juros, portanto, que deve ser subtraída de uma parte do lucro auferido pelo empreendedor, posteriormente transferida ao poupador, a título de retribuição/remuneração pela oferta dos recursos ao tomador, inquestionavelmente consome uma parcela do resultado do investimento. No momento em que a taxa de juros é elevada ao ponto de comprometer a lucratividade do empreendimento, descarta-se a viabilidade do investimento. Dessa forma, frente aos riscos assumidos na atividade, o capitalista decide frear o investimento no setor produtivo.

Da mesma forma, a elevação da taxa de juros poderia causar a inibição dos investimentos em bens de produção, porque a recompensa financeira recebida pela aplicação dos recursos junto aos bancos, de certa forma, poderia recompensar o risco eventualmente existente no setor produtivo, cujos investimentos possuem natureza irreversível. Frente a ciclos de instabilidade econômica, o capitalista

optaria pela segurança econômica da aplicação financeira, satisfazendo-se com uma taxa de juros inferior paga pela instituição financeira, se comparada ao lucro que eventualmente obteria pelo investimento no setor produtivo.

É importante ainda lembrar que a taxa de juros é estabelecida pela lei da oferta e da procura, na medida em que, havendo escassez de recursos no mercado, determina-se a elevação da taxa de juros, com o objetivo de atrair o interesse de mais aplicadores/poupadores, aumentando a acumulação de capital. Neste caso, ocorre uma retração no nível de investimentos.

Por sua vez, havendo crédito em abundância no mercado, determina-se a redução da taxa de juros, forçando os investidores de capital (poupadores/aplicadores) a procurarem outras alternativas de investimento, o que provocará a retomada dos níveis de investimento no setor produtivo, que oferecerão índices mais propícios de lucratividade.

De todo o exposto, verificou-se a relação entre a *oferta de crédito* e a *taxa de juros*, como fatores determinantes do *investimento*, com influência direta, por sua vez, no desenvolvimento econômico do país.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que a redução do *risco de crédito*, operada pela constituição de garantias reais nas operações financeiras, proporciona a redução da taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras, porquanto reduz a probabilidade de perda pelo banco dos recursos emprestados.

A redução da taxa de juros gerada pela diminuição do risco de crédito das instituições financeiras, por sua vez, fomenta o investimento no setor produtivo, contribuindo para o desenvolvimento econômico da nação.

4. A RELAÇÃO ENTRE AS GARANTIAS REAIS E A TAXA DE JUROS FIXADA NO MERCADO

4.1 *O risco de crédito das operações financeiras*

Dentre as várias modalidades de riscos existentes na atividade bancária, o risco de maior relevância é o risco de não recebimento do crédito emprestado. Para compensar o risco de inadimplemento, os bancos imputam na taxa de juros uma parcela da probabilidade de não recebimento do recurso emprestado. O risco de não recebimento está, portanto, embutido no *spread* das operações de crédito (GUIMARÃES E SOUZA, 2007, p. 14).

Entende-se por *spread* a diferença entre a taxa de juros paga pela instituição financeira para a captação dos recursos, e a taxa de juros cobrada para a concessão de empréstimos. Os bancos são entendidos como intermediários no mercado financeiro, captando os recursos das pessoas que detêm excedentes

de capital, remunerando os poupadores por essa captação (juros pactuados), passando a oferecer esses recursos aos investidores que necessitam de capital para iniciar ou expandir uma determinada atividade empresarial. Os empréstimos também são destinados a antecipar a aquisição de bens de consumo, para aquelas pessoas que desejam adquirir um determinado bem, mas que não dispõem de todo o numerário necessário para custear o preço do bem desejado.

Pela intermediação realizada, a instituição financeira recebe remuneração, que consiste no lucro líquido auferido no exercício de sua função, requisito primordial para tornar a atividade desenvolvida autossuficiente, sem o qual a atividade bancária não se sustentaria, o que traria enorme prejuízo para a sociedade em geral, já que o crédito é fator elementar para o desenvolvimento da economia.

Tendo como meta o lucro, já que a atividade bancária caracteriza-se como uma atividade econômica, na realização da intermediação financeira, os bancos devem relacionar todos os custos envolvidos na captação, repassando os mesmos ao consumidor, na forma de taxa de juros cobrada para a concessão dos financiamentos em geral.

Dentre os custos envolvidos na atividade bancária, podemos citar custos de captação, despesas administrativas (pagamento de aluguel, materiais, pessoal etc.), despesas com tributação, os custos de inadimplemento, e a constituição de provisões. Os *custos de inadimplemento* representam a maior parcela do *spread* bancário no Brasil, sendo o fator determinante das altas taxas de juros cobradas no mercado financeiro.

Para garantir a solvabilidade do sistema econômico, as instituições financeiras devem computar na taxa de juros cobrada, de forma antecipada, a probabilidade de não recebimento (ou recebimento com atraso) do crédito concedido, ou seja, a *probabilidade de inadimplemento da operação*. Deve-se precisar o risco de não retorno do capital emprestado à instituição, computando no *spread* os custos do não pagamento. Somente assim se garante que a instituição financeira consiga arcar com os custos de captação (principal e juros pactuados), preservando a higidez do sistema.

À essa *probabilidade de inadimplemento* verificada de forma antecipada pela instituição financeira, dá-se o nome de *risco de crédito da operação*, devendo os bancos, portanto, medir o risco de não retorno (ou retorno com atraso) de cada recurso emprestado, ajustando a taxa de juros na proporção do risco de crédito da operação.

“O risco de crédito, por conseguinte, consiste na probabilidade da ocorrência de perdas devido ao não cumprimento dos pagamentos na data contratada

e/ou nas condições pactuadas previamente, por parte dos devedores das instituições financeiras. Esses pagamentos não se limitam aos empréstimos tradicionais; podem igualmente decorrer de operações extrapatrimoniais (por exemplo, execução de uma garantia bancária)” (GUIMARÃES E SOUZA, 2007, p. 23).

“O risco de crédito depende, entre outros fatores, do valor e custo da operação, da capacidade econômica do devedor, de sua reputação, da situação da conjuntura econômica (perspectivas de crescimento, estabilidade etc.), das garantias oferecidas e da estrutura jurídica vigente (perspectivas do recebimento de débitos por via judicial)” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999, p. 20).

Brito, Corrar e Assaf Neto (2009, p. 2-3) assinalam:

“O risco de crédito está associado à possibilidade do credor incorrer em perdas caso as obrigações assumidas por um tomador não sejam liquidadas nas condições pactuadas. O risco de crédito pode ser determinado pelas perdas geradas pela ocorrência de um evento de *default* com o tomador ou pela deterioração da sua qualidade de crédito. A deterioração da qualidade de crédito do tomador não resulta em uma perda imediata para o credor, mas sim no incremento da probabilidade de que um evento de *default* venha a ocorrer.”

A análise do *risco de crédito* é elemento crucial para o bom desempenho do mercado financeiro, que refletirá de forma significativa na fixação das taxas de juros cobradas pelos bancos, calculada na proporção da previsibilidade de perda (não retorno) dos valores emprestados.

“Conhecer os processos intrínsecos ao risco de inadimplência permite não apenas melhor gestão do portfólio por parte dos bancos, mas também colabora para o entendimento dos mecanismos de redução dos custos e das taxas referentes às operações de crédito, expandindo a oferta que, por sua vez, impulsiona toda a economia” (GUIMARÃES E SOUZA, 2007, p. 25).

Portanto, o *risco de crédito* reflete na taxa de juros fixada pelas instituições financeiras, porque o banco deve computar na taxa de juros a *probabilidade de inadimplemento da operação*, de forma que o atraso no resgate do empréstimo, ou mesmo a perda do capital concedido, possa ser compensado pela taxa de juros cobrada nos financiamentos em geral, permitindo-se, assim, a solvabilidade do sistema.

Por sua vez, o *risco de crédito* também é utilizado como parâmetro para o cálculo dos valores que devem ficar caucionados junto às instituições financeiras a título de constituição de *provisões para operações de crédito*, que se caracteriza como um dos mecanismos criados pelo Banco Central do Brasil para garantir a solvabilidade do sistema financeiro.

Provisões para operações de crédito correspondem aos valores que devem permanecer caucionados nos bancos para garantir o cumprimento de suas

obrigações financeiras. O montante de capital necessário para a constituição das provisões é indicado pelo *grau de risco dos ativos de crédito*, ou seja, pela probabilidade de não resgate do recurso emprestado. Isso deixa claro que, quanto menor o risco de crédito das operações, menores serão os valores necessários para a constituição das provisões.²

Considerando que as provisões são compostas por valores que devem permanecer estocados nos bancos, representando um capital morto para a instituição, as provisões representam um grande ônus para os bancos, já que não são passíveis de negociação. Para as instituições financeiras, dinheiro parado é dinheiro mal investido, já que, muito embora os numerários reservados não gerem receita para o banco, este deve remunerar o aplicador/poupador com os juros pactuados na captação do recurso. Ao final, o custo de captação dos valores reservados para as provisões acaba sendo embutido na taxa de juros cobrada nos demais empréstimos.

O primeiro regulamento emitido pelo Banco Central do Brasil para disciplinar a instituição das provisões, consistiu na Res. Bacen 1.748, de 30.08.1990 (já revogada), que estabeleceu os parâmetros para definição da provisão mínima exigida para garantir o cumprimento das operações financeiras. Os critérios utilizados foram o *tempo de atraso* e a *existência de garantias*.

Pela Res. Bacen 1.748/1990 (art. 1.º, VIII, *a, b, c e d*), considerava-se crédito em liquidação, aqueles:

a) vencidos, há mais de 60 (sessenta) dias, sem garantias;

b) vencidos, há mais de 180 (cento e oitenta) dias, com garantias que, a juízo das instituições ou a critério do Banco Central do Brasil, sejam consideradas insuficientes à cobertura do saldo devedor atualizado;

2. O segundo mecanismo criado pelo Banco Central do Brasil para garantir a solvabilidade do sistema financeiro é o *patrimônio líquido de referência*. Em 17.08.1994, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou a Res. CMN 2.099/1994, dispendo sobre as “condições relativamente ao acesso ao Sistema Financeiro Nacional, aos valores mínimos de capital e patrimônio líquido ajustado, à instalação de dependências e à obrigatoriedade da manutenção de patrimônio líquido ajustado em valor compatível com o grau de risco das operações ativas das instituições financeiras”, como meio de contrapor o risco sistêmico havido na atividade bancária. O *Patrimônio Líquido Exigido – PLE* refere-se ao *patrimônio mínimo* que deve ser mantido pelas instituições financeiras, medido pelo risco de exposição, em função das atividades por ela desenvolvidas. Como o *patrimônio líquido de referência* é determinado pelo tipo de atividade desenvolvida pela instituição, nossa análise ficará restrita às *provisões*, que sofrem consideráveis oscilações em razão do *risco de crédito* das operações.

c) vencidos, há mais de 360 (trezentos e sessenta) dias, com garantias que, a juízo das instituições, sejam consideradas suficientes à cobertura do saldo devedor atualizado;

d) em favor dos quais tenha sido efetivada medida judicial, visando protesto ou outra semelhante, excetuando-se as operações parcial ou totalmente amparadas por garantias, as quais observarão o contido nas alíneas *b* e *c* anteriores.”

Exigia-se, para os créditos de liquidação duvidosa, a constituição de uma provisão mínima de recursos, visando garantir o cumprimento das obrigações contraídas pelos bancos, que variava entre 20%, 50% e 100% do valor dos créditos atualizados, conforme o tempo de atraso da operação, bem como a existência e a suficiência das garantias constituídas.

“Art. 9.º Em cada balancete mensal ou balanço semestral, a provisão para créditos de liquidação duvidosa não poderá ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, incidente sobre o valor dos créditos atualizados segundo as normas contábeis em vigor, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos.

I – 20% (vinte por cento) sobre as operações amparadas por garantias que, a juízo das instituições, sejam consideradas suficientes à cobertura do saldo devedor atualizado, registradas em contas em atraso;

II – 50% (cinquenta por cento) sobre as operações amparadas por garantias que, a juízo das instituições ou a critério do Banco Central do Brasil, não sejam consideradas suficientes à cobertura do saldo devedor atualizado, registrado em contas em atraso;

III – 100% (cem por cento) dos créditos inscritos em contas de créditos em liquidação” (Res. Bacen 1.748/1990).

Com o passar do tempo, constatou-se o enrijecimento dos parâmetros utilizados para medir a quantidade de provisões, o que levava à alocação de capitais de forma demasiada por parte das instituições, trazendo maiores encargos para os bancos, custos que acabavam sendo repassados para o público consumidor.

A necessidade de haver uma maior precisão na avaliação do risco de crédito por parte dos bancos, que levasse em conta aspectos pessoais e patrimoniais do cliente, dentre outros fatores que influenciariam na definição da probabilidade de não retorno do capital emprestado, levou o Banco Central do Brasil a aprimorar os mecanismos de análise de crédito das operações financeiras, que restaram consolidados na Res. Bacen 2.682/1999, que dispôs “sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa”.

Determinou-se que as instituições financeiras, sob sua responsabilidade, deveriam classificar as operações de crédito de que são detentoras, em ordem crescente de risco, em níveis que vão de AA, A, B, C, D, E, F, G a H (art. 1.º da Res. Bacen 2.682/1999), com base em critérios consistentes e verificáveis, amparados por informações internas e externas.

Na classificação das operações de crédito, as instituições financeiras devem contemplar, pelo menos, os seguintes aspectos:

“I – em relação ao devedor e seus garantidores:

- a) situação econômico-financeira;
- b) grau de endividamento;
- c) capacidade de geração de resultados;
- d) fluxo de caixa;
- e) administração e qualidade de controles;
- f) pontualidade e atraso nos pagamentos;
- g) contingências;
- h) setor de atividade econômica;
- i) limite de crédito.

II – em relação à operação:

- a) natureza e finalidade da transação;
- b) características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez;
- c) valor” (art. 2.º, I e alíneas e II e alíneas, da Res. Bacen 2.682/1999).

Havendo atraso superior a 15 dias, a classificação da operação deve ser revista na periodicidade mensal, por ocasião dos balancetes e balanços, sendo fixados níveis mínimos de classificação, de acordo com o tempo de atraso. Quanto maior o tempo de atraso, maior o nível de risco da operação. Não havendo atraso, ainda assim, a classificação do risco de crédito das operações deve ser revista, no mínimo, uma vez a cada 12 meses, com base nos critérios acima relacionados (art. 4.º, I e alíneas e II e alíneas, da Res. Bacen 2.682/1999).

São vários os indicativos referidos na Res. Bacen 2.682/1999. Merece destaque, contudo, o parâmetro constante do art. 2.º, II, *b*, da Res. Bacen 2.682/1999 que se refere às “características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez”. No atual regulamento da *gestão de risco de crédito*, a natureza, a suficiência e a liquidez das garantias ainda parece ser o fator preponderante na análise do risco de crédito das operações, que orientará o gestor financeiro em sua avaliação, pela objetividade existente em sua

formulação, se comparada aos demais critérios referidos na Resolução, que se referem a atributos eminentemente pessoais do cliente, muitas vezes de difícil verificação, pressupondo uma margem maior de discricionariedade por parte do administrador. Além disso, uma avaliação pautada em critérios objetivos certamente apresenta resultados mais precisos, o que favorece a redução do risco de crédito da operação. Em conclusão, a existência de garantias suficientes para assegurar o cumprimento da obrigação, é fator indicativo da maior solvabilidade do devedor. Os próprios parâmetros subjetivos relacionados no inc. I do art. 2.º da Res. Bacen 2.682/1999 poderão restar subentendidos, pela simples verificação do patrimônio do devedor.

Mesmo que não constituída uma garantia real na operação, a existência de imóveis registrados em nome do devedor é um forte indicativo para a redução do risco de crédito da operação, na forma do parágrafo único do art. 2.º da Res. Bacen 2.682/1999:

“Parágrafo único. A classificação das operações de crédito de titularidade de pessoas físicas deve levar em conta, também, as situações de renda e de patrimônio, bem como outras informações cadastrais do devedor.”

Como visto, da antiga regulamentação, que considerava apenas o *tempo de atraso* e a *existência de garantias* para a análise do risco de crédito da operação, chegou-se ao modelo de *gestão de risco de crédito* que leva em consideração vários atributos pessoais e patrimoniais relacionados ao cliente, a atividade desenvolvida, a modalidade da operação e suas características principais.

É de se observar a coerência do novo modelo, que aponta o risco de crédito da operação utilizando-se de critérios efetivamente relevantes para a estimativa da probabilidade de inadimplemento da transação. De fatores eminentemente superficiais (tempo de atraso e existência de garantias), partiu-se para critérios suficientemente exaustivos de avaliação, suficientes a revelar as reais condições econômicas do devedor, o efetivo risco de crédito da operação. Esse novo mecanismo de análise possibilita uma maior precisão na avaliação do risco de crédito, fornecendo parâmetros adequados para a redução da taxa de juros cobrada nas operações. Deve-se partir da premissa que, quanto maior o risco de crédito, maior a taxa de juros, e vice-versa.

Na visão de Guimarães e Souza (2007, p. 34): “a revisão dos normativos para provisão tornou os procedimentos de classificação da carteira de crédito mais objetivos e abrangentes, bem como instituiu a constituição de provisão para perdas em bases tecnicamente mais adequadas”.

Assim, com base na classificação de risco da operação, deve ser estabelecida a provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa, na forma do art. 6.º, *caput* e incisos, da Res. Bacen 2.682/1999:

“Art. 6.º A provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa deve ser constituída mensalmente, não podendo ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos:

I – 0,5% (meio por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível A;

II – 1% (um por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível B;

III – 3% (três por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível C;

IV – 10% (dez por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível D;

V – 30% (trinta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível E;

VI – 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível F;

VII – 70% (setenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível G;

VIII – 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H.”

O quadro abaixo estabelece de forma ilustrativa a provisão necessária para fazer frente aos créditos de liquidação duvidosa.

Percentuais de provisão por faixa de risco de crédito

Classificação dos empréstimos	Rating	Percentual de provisão (%)
Risco normal	AA	0,00
Risco normal	A	0,50
Risco normal	B	1,00
Risco normal	C	3,00
Risco 1	D	10,00
Risco 1	E	30,00
Risco 1	F	50,00
Risco 1	G	70,00
Risco 2	H	100,00

Fonte: Adaptado de Guimarães e Souza (2007, p. 33).

Por isso, quanto menor o risco de crédito das operações, menor será o custo para a captação dos recursos pelas instituições financeiras, pois menor será a expressividade do capital a ser provisionado, o que refletirá na taxa de juros cobrada na concessão dos empréstimos em geral.

“As instituições financeiras utilizam os sistemas de classificação de risco para avaliar o risco dos tomadores de crédito e para monitorar o risco das carteiras de ativos de crédito. As classificações de risco também são utilizadas pelas instituições financeiras para estabelecer as condições contratuais das operações de crédito concedidas. Quanto maior o risco do tomador, pior será o seu *rating* e mais restritivas serão as condições sob as quais a instituição concederá crédito, principalmente em relação a volume, prazo, taxa de juros, garantias e *covenants*” (BRITO; CORRAR; ASSAF NETO, 2009, p. 3).

Como bem ressaltado por Guimarães e Souza (2007, p. 30):

“De agosto de 1994 até os dias atuais, diversas reformulações foram efetuadas pelo CMN/BCB com o propósito de aperfeiçoar o gerenciamento do risco de crédito. Atualmente, o contexto regulatório que abrange especificamente o risco de crédito é composto, basicamente, pelo índice de adequação de capital e pelas provisões de crédito de liquidação duvidosa.”

A análise da regulamentação editada pelo Banco Central do Brasil permite a verificação da relação entre as garantias reais e a taxa de juros cobrada no mercado financeiro, pela influência que referido parâmetro exerce sobre a ponderação do risco de crédito das operações, representando as garantias reais um forte indicativo da probabilidade de retorno do capital emprestado.

É importante lembrar, que enquanto o *patrimônio líquido exigido* visa garantir as perdas não esperadas, as *provisões para operações de crédito* destinam-se a compensar as perdas esperadas. Estas, por sua vez, fazem parte do custo para a concessão do crédito, estando imputada no *spread* da operação, conforme bem esclarece Guimarães e Souza (2007, p. 35):

“(…) cada recurso financeiro despendido, seja para constituição de capital próprio, seja para composição de provisão, faz-se necessário para proteção de possibilidades distintas de perdas. Dois tipos de perdas são inerentes às operações de crédito:

Esperada: como o próprio nome sugere, trata-se do montante esperado de perda na operação de crédito. Normalmente, é considerada parte do custo na concessão do crédito e, portanto, imputada no *spread* da operação;

Não esperada: refere-se à perda geralmente maior do que a esperada proveniente da variação da taxa de inadimplência ao longo do tempo, bem como da ocorrência simultânea de inadimplementos individuais. Também conhecida

como perda inesperada, o seu conceito está relacionado às perdas decorrentes de eventos não previstos ou não relacionados diretamente ao negócio.

A primeira ocorre em maior incidência, mas em menores montantes; a segunda tem baixa probabilidade de ocorrência, porém causa perdas severas. A provisão, portanto, visa fazer frente às perdas esperadas, isto é, as perdas decorrentes da própria atividade do empréstimo, enquanto o capital regulamentar (ou capital econômico) deve ser reservado no patrimônio líquido para cobertura de eventos não esperados, extraordinários, que venham a prejudicar o curso dos negócios. Então, a partir das Resoluções Bacen 2.099/1994 e 2.682/1999, tem-se o arcabouço de prevenção de riscos na área de crédito do Sistema Financeiro Brasileiro. A soma da provisão para créditos de liquidação duvidosa (como prevenção ao risco de crédito) e do capital regulamentar (como prevenção da perda potencial) visa assegurar às instituições montantes de recursos suficientes para garantir a estabilidade e a continuidade do sistema financeiro” (JORION, 2004).

A Res. Bacen 2.682/1999 trouxe à evidência os elementos que devem ser utilizados para medir o *risco de crédito* das operações. Em sua maior parte, constituem-se em circunstâncias pessoais, econômicas, patrimoniais e conjunturais, que servem de indicativo para os bancos arbitrarem a probabilidade de não recebimento (ou recebimento com atraso) dos recursos emprestados.

Cumpra repisar, que a existência de bens imóveis registrados em nome do devedor revela a solvabilidade do mesmo para o cumprimento de suas obrigações, o que contribui para a verificação da probabilidade de recebimento do crédito, reduzindo-se, assim, a taxa de juros pactuada na operação. Mesmo que a operação não esteja garantida por uma hipoteca, a simples existência de bens imóveis registrados em nome do devedor servirá de parâmetro para a verificação de sua *situação econômica-financeira*.

De qualquer forma, não há como negar que a constituição de uma garantia real na operação reduzirá as chances de o banco não recuperar o crédito emprestado, vez que o agente financeiro saberá de antemão da possibilidade de executar a dívida, no caso do eventual descumprimento da obrigação. As garantias reais diminuem o risco de crédito das operações, permitindo a redução da taxa de juros fixada para cada operação.

Como bem sintetiza Byamugisha (apud MATOS, 2002, p. 16):

“(...) a titulação/legalização de terras, ao facilitar a constituição de garantias/colaterais, permite a ampliação do número de tomadores de crédito e, em consequência, o setor financeiro se desenvolve, além de reduzir o custo da intermediação financeira. Tal desenvolvimento, ao estimular o aumento da pro-

atividade, afeta o crescimento econômico. Foram estimados alternativamente modelos autorregressivos de defasagens distribuídas (ADL) e de correção de erros (MCE) e usados dados da Tailândia para o período 1960-1995. Os resultados obtidos sugerem que os componentes exógenos do desenvolvimento financeiro – indicadores de titulação/legalização de terras – contribuíram significativamente, justamente com variáveis como taxa de investimento, crescimento da força de trabalho, investimento em capital humano (número de matrículas na escola secundária/número de pessoas com 12-17 anos de idade), para explicar as variações intertemporais positivas do crescimento econômico.”

De forma conclusiva, lecionam Rocha, Moreira e Magalhães (2002, p. 61):

“A Teoria de finanças mostra que, em equilíbrio, quanto maior o risco, mais deve ser o retorno ou prêmio de risco requerido pelos investidores. Em análise de crédito, ao avaliar títulos, a possibilidade de *default* explica o aumento das taxas requeridas, e a inexistência de regulamentação, que aumenta a incerteza da operação, naturalmente tende a elevar ainda mais essas taxas.”

A modalidade de garantia real dada ao banco também influencia na taxa de juros, uma vez que garantias reais que sinalam um processo de execução mais célere minimizam o prejuízo da instituição, já que a recuperação do crédito ocorrerá de forma ágil, circunstância que refletirá no risco de crédito das operações. Quanto maior o período de atraso de pagamento, maior o risco de crédito da operação, considerando os encargos a serem suportados pelo banco, já que, mesmo não resgatando o valor emprestado, a instituição deverá arcar com os recursos captados junto ao aplicador/poupador.

“Um sistema eficiente de execuções e de garantias tem o papel de minimizar os riscos de crédito para as instituições financeiras, viabilizando o acesso a crédito de pequenos e médios tomadores a taxas de juros mais favoráveis. À medida que esse sistema não funciona adequadamente, o crédito bancário tende a beneficiar mais as pessoas de renda mais elevada e as grandes empresas, vistas como de baixo risco e que não precisam apresentar garantias, o que contribui para a concentração de renda, riqueza e oportunidades no País” (LUNDBERG; BADER, 2003, p. 34).

Por esse motivo, institutos como a alienação fiduciária em garantia, que resguardam ampla celeridade na recuperação do crédito, preservam a manutenção de taxas de juros em patamares inferiores, se comparadas às taxas cobradas nos contratos garantidos por hipotecas, cujo processo de execução é caro e moroso, causando enorme prejuízo para as instituições financeiras e, a longo prazo, para o mercado de consumo como um todo, que acaba arcando com o pagamento do devedor contumaz.

Com relação ao contrato de alienação fiduciária, leciona Fleury (2004, p. 169):

“Pelo contrato de alienação fiduciária, constitui-se em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel objeto do financiamento, sendo prevista sua obrigação de transferir a plena propriedade do imóvel ao devedor, uma vez que tenha resgatado a totalidade da dívida. Enquanto a dívida estiver em aberto, o devedor estará investido apenas na posse do imóvel. Ao quitar integralmente a dívida, a propriedade plena lhe será transferida, bastando para tanto simples pedido de cancelamento do registro da fidúcia.

Esta modalidade de contrato concilia a segurança e celeridade necessárias, superando as formas tradicionais de garantia, que tornam os negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos, tolhendo o potencial de expansão do setor.

Com a alienação fiduciária espera-se que a cobrança de um crédito imobiliário leve em torno de 1 ano, enquanto na hipoteca este prazo é elevado para mais de 5 anos, dada a burocracia e ao número elevado de processos judiciais que emperram o Judiciário brasileiro.”

Por outro lado, a constituição de uma garantia real tende a assegurar uma maior responsabilidade por parte do empreendedor, evitando que o mesmo adote ações temerárias, já que, presente o temor da expropriação, priorizará condutas menos arriscadas, o que revela, igualmente, que a existência de uma garantia real influencia de forma decisiva na fixação da taxa de juros por parte das instituições financeiras.

Com a garantia constituída, ainda se evita o denominado *risco moral*, que ocorre nos casos em que o cliente percebe que é menos oneroso para ele pagar o banco, do que se desembolsar do numerário necessário para o adimplemento da obrigação, pensamento que geralmente ocorre nos casos em que o devedor tem consciência de que resultará infrutífera a eventual execução promovida pela instituição, diante da inexistência de bens passíveis de expropriação. O risco moral é um dos fatores que deve ser considerado na estimativa do risco de crédito da operação, já que revela uma maior probabilidade de não recebimento dos recursos emprestados.

Por derradeiro, operações com taxa de juros menores, cobertas por garantias reais, viabilizam a seleção de clientes menos arriscados por parte das instituições financeiras, nos casos em que esses riscos não são passíveis de observação pelo banco, evitando o problema da *seleção adversa*. A *seleção adversa* ocorre quando a instituição, por exigir elevadas taxas de juros, acaba atraindo apenas o interesse de clientes mais arriscados, que realizam atividades mais

instáveis, com maiores perspectivas de lucro, em razão de que, os investidores mais conservadores, de antemão, evitarão ou retardarão a contratação do financiamento, ao fundamento de que o lucro esperado não suportaria o pagamento dos juros pactuados. A *seleção adversa* pode causar enorme prejuízo ao banco, porque a instituição, surpreendida pelo alto índice de inadimplemento, decorrente do insucesso da atividade de seus clientes, na sua maior parte de alto risco, restaria presa ao elevado grau de risco de suas operações, tornando inviável a redução da taxa de juros cobrada nos empréstimos em geral. Isso prejudicaria a concorrência da instituição, afastando os aplicadores/poupadores, em razão da situação econômica-financeira apresentada pelo banco, bem como os clientes mais estáveis, os quais procurariam o crédito mais barato ofertado por outras instituições.

Nessa linha de raciocínio, destaca Ozawa (2009, p. 17):

“Existem diversas razões pelas quais taxa de juros e garantia possam estar relacionadas negativamente. Tudo o mais constante, um empréstimo com garantias tende a reduzir as perdas dos bancos em caso de *default*. Outro ponto em favor desta hipótese é que o problema de risco moral que advém após a concessão do crédito é menor quando o empréstimo possui garantias. As decisões das firmas tendem a ser menos arriscadas, pois em caso de inadimplência a garantia pode ser executada. Neste caso a garantia é um mecanismo que faz com que o contrato seja exequível e os interesses dos tomadores estejam alinhados aos dos bancos. Finalmente, as garantias ajudam a mitigar os problemas de seleção adversa, pois constituem um importante instrumento sinalizador da qualidade do tomador. Se os bons pagadores estão dispostos a ofertar garantia em troca de uma taxa de juros mais baixa (que os maus pagadores), então a garantia é uma fonte valiosa de informação, indicando a qualidade de quem está tomando o crédito.”

Essa é a mesma orientação dada por Oliveira (2004, p. 19-20), conforme segue:

“No mercado de crédito, a dinâmica do processo é agravada pelo fato de o variável preço (taxa de juro) afetar a natureza da transação. Uma elevação da taxa de juro cobrada pelo intermediário financeiro, ao atrair tomadores cujo risco de calote é alto, implica seleção adversa. Também fará com que os mutuários empreendam projetos de alto risco, cuja possibilidade de retorno sobre o capital investido é maior, conquanto a probabilidade de sucesso seja menor, implicando risco moral.

Percebe-se, deste modo, que enquanto a assimetria de informação antes do financiamento dá origem ao problema de seleção adversa, a existência de assimetria de informação depois do empréstimo resulta em problemas de risco

moral. Logo, enquanto o risco de seleção adversa pode ser eliminado a partir do racionamento de crédito, ou seja, apenas não atendendo a demanda por recursos, o risco moral, pelo fato de ocorrer após a realização da transação, poderá ser apenas minimizado – a partir do contínuo monitoramento e verificação das ações do devedor (agente) pelo banco (*principal*).

Para combater o risco de seleção adversa, o banco fará uso de mecanismos de ‘sinalização’ (taxa de juros, capital próprio etc.), visando conhecer as características relevantes do agente. Neste sentido, ao invés do aumento do preço (taxa de juros) estimular a oferta de recursos, fará com que o banco opte pelo racionamento de crédito, dado o maior risco de calote, não sancionando a demanda por empréstimos. O racionamento pode ser de dois tipos, a saber: 1) quando o banco se recusa a emprestar qualquer quantia ao demandante de crédito, mesmo a uma taxa de juros mais elevada do que a taxa corrente; e 2) quando o emprestador, embora conceda o crédito, o restringe a uma quantidade inferior àquela desejada pelo tomador (...) (MISHKIN, 2000).

Assim, a taxa de juros que o mutuário se dispõe a pagar pelo empréstimo se traduz num mecanismo de sinalização utilizado pelos bancos para diferenciar os bons dos maus pagadores, visando evitar a concessão de empréstimo para maus pagadores, pois quanto maior for a taxa, maior será a probabilidade de o mutuário estar agindo de forma oportunista. Como o tomador sabe que acima de um determinado nível de taxa de juros não será possível realizar o pagamento do empréstimo no seu vencimento, ele se disporá a tomar dinheiro a qualquer taxa acima daquele nível, que pode ser chamado de ‘nível crítico’ da taxa de juros para o agente.”

4.2 *Dos componentes do spread bancário*

Entende-se por *spread* bancário a diferença entre a taxa de juros paga pela instituição financeira na captação dos recursos e a taxa de juros cobrada pela instituição quando da concessão dos empréstimos. Fazem parte do *spread* bancário todos os custos despendidos pelos bancos para o exercício de sua atividade econômica.

A análise dos elementos que compõem o *spread* bancário é medida elementar para encontrar a solução para o problema das elevadas taxas de juros cobradas pelos bancos nos financiamentos em geral. Dentre os custos envolvidos, destaca-se: *custos administrativos, custos de inadimplemento, custo de compulsório, custos de pagamento de tributos e taxas.*

Como bem acentua Regueira (2007, p. 111):

“Os bancos atuam como intermediários financeiros, captando a poupança dos agentes superavitários e fornecendo crédito para agentes dispostos a con-

sumir ou investir. O *spread* corresponde à diferença entre a taxa que os bancos cobram pelo financiamento e a taxa com que remuneram os aplicadores. Diversos fatores afetam o *spread* bancário, como os custos administrativos, o percentual de depósito compulsório exigido pelo Banco Central, os impostos diversos, os juros que remuneram os títulos públicos e, principalmente, a inadimplência.”

Desde outubro de 1999, o Banco Central do Brasil vem publicando o *Relatório de Economia Bancária e Crédito*, condensado no Projeto “Juros e *spread* bancário no Brasil”, com a finalidade de levantar dados estatísticos sobre a evolução do mercado de crédito bancário, partindo da análise dos componentes do *spread* bancário no Brasil, para compreender os elementos que determinam o elevado custo de crédito das instituições financeiras.

Como referido anteriormente, os *custos de inadimplemento* (risco de crédito) representam a maior parcela do *spread* bancário no Brasil, sendo o fator determinante das elevadas taxas de juros cobradas no mercado financeiro.

Na tabela abaixo, consta a discriminação dos elementos que compõem o *spread* bancário, de forma comparativa, relativamente ao período de 2001 a 2006. De forma um tanto significativa, os *custos com inadimplência* representam a maior parte dos fatores que determinam a elevada taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras, na oferta de crédito ao público investidor/consumidor.

Decomposição do spread bancário – Proporção (%)

Discriminação	2001	2002	2003	2004	2005	2006
1 – <i>Spread</i> total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
2 – Custo administrativo	16,8	14,7	19,5	19,8	17,2	16,9
3 – Inadimplência	30,7	31,2	31,7	34,0	35,9	43,4
4 – Custo do compulsório	9,7	12,2	6,5	7,0	5,0	4,7
Depósitos a vista	9,4	10,0	7,1	6,8	5,1	4,9
Depósitos a prazo	0,3	2,2	-0,6	0,1	-0,1	-0,3
5 – Tributos e taxas	7,0	7,3	7,2	8,4	8,1	8,6
Impostos indiretos	6,8	7,0	7,0	8,1	7,8	8,3
Custo do FGC	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3
6 – Resíduo bruto (1-2-3-4-5)	35,7	34,7	35,1	30,8	33,8	26,4
7 – Impostos diretos	12,1	11,0	10,6	9,9	9,5	7,3
8 – Resíduos líquidos (6-7)	23,6	23,7	24,4	21,0	24,3	19,0

Fonte: Depep/SP. Banco Central do Brasil (2006, p. 12).

Como observado, os custos com inadimplimento representam a maior parcela do *spread* bancário no Brasil, crescendo de forma significativa com o passar dos anos. “Em 2006, houve acréscimo na importância do componente associado à inadimplência, reflexo do maior volume de crédito em atraso verificado nesse ano” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2006, p. 12).

O cálculo da inadimplência é efetuado de acordo com as regras de provisionamento ditadas pela Res. Bacen 2.682/1999, utilizando-se da classificação de risco de crédito das operações, bem como das provisões mínimas estabelecidas, conforme esclarece o Anexo I do Relatório de Economia Bancária e Crédito do Banco Central do Brasil, ano 2006.

“(…) A partir deste ano, a componente de inadimplência passa a ser definida com base nas regras de provisionamento ditadas pela Res. Bacen 2.682/1999. Isso significa que a inadimplência é calculada com base nas classificações de risco das carteiras de empréstimo dos bancos e suas respectivas provisões mínimas. Consideram-se perdas para fins de cálculo da componente de inadimplência do *spread* o equivalente a 20% dessas provisões, o que gera o resultado apresentado a seguir, ganhando em precisão, ao se analisar sua melhor adequação ao risco de crédito percebido pelos bancos no momento das concessões, e, portanto, na precificação dos empréstimos concedidos naquele período” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2006, p. 18).

Uma das medidas focadas pelo Banco Central do Brasil para reduzir o *spread* bancário é a redução dos custos das operações e o risco de crédito. A esses fatores, deve-se acrescentar: *um ambiente macroeconômico favorável e previsível, a redução da taxa básica de juros, a redução da carga tributária, a redução dos custos do crédito etc.*

“A redução dos juros ao tomador não depende de uma medida isolada, nem é factível de ser obtida de imediato. É evidente que para termos juros mais baixos nos empréstimos, afora um ambiente macroeconômico favorável e previsível, é importante tomar medidas para diminuir as taxas básicas de juros, reduzir a cunha fiscal (tributos e compulsórios), reduzir o risco de crédito e, pelo aumento da eficiência e alavancagem das instituições financeiras, reduzir sua margem operacional (custos administrativos e lucros). Independentemente da política econômica, podem-se adotar medidas no campo institucional para aumentar a concorrência e a transparência no setor, reduzir os custos das operações de empréstimos e o risco de crédito” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999, p. 13).

Nesse campo, merece apontamento a referência dada pelo Banco Central do Brasil à necessidade de se construir *novos avanços institucionais voltados à*

melhora das garantias ao credor, para o fim de gerar a redução dos juros e do *spread* bancário no Brasil (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2007, p. 13).

4.3 *O dimensionamento da questão envolvendo a redução da taxa de juros pelas garantias reais*

Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 63) desenvolveram uma análise econômica sobre o *impacto das garantias reais nas taxas de juros de empréstimos bancários no Brasil*, propondo a seguinte indagação:

“a) Se sorteássemos uma operação aleatoriamente e a passássemos do estado ‘sem garantias’ para o estado ‘com garantias’, em quanto mudaria a taxa de juros desse crédito?

b) As operações feitas com garantias teriam taxas maiores se não tivessem garantias?

c) As operações de crédito feitas sem garantias reais poderiam ter suas taxas de juros diminuídas se tivessem sido feitas com garantias?”

Referem os autores que são vários os efeitos das garantias reais sobre a taxa de juros cobrada no mercado. Em um primeiro momento, a existência de garantias pode diminuir a perda do banco no caso de *default*, ou seja, no caso de inadimplemento do contrato por parte do devedor, ao passo que uma *menor perda esperada* pode reduzir os juros cobrados pelo banco (RODRIGUES; TAKEDA; ARAÚJO, 2004, p. 63).

Além disso, a existência de garantias reais pode influenciar nas ações tomadas pelo devedor, reduzindo o risco de insucesso dos investimentos, circunstância que reflete na taxa de juros cobrada pelos bancos. Nesse caso, as garantias servem para instigar os clientes a manterem uma conduta mais cautelosa em seus investimentos, justamente pelo temor de sofrer uma eventual execução caso não conseguirem honrar com os pagamentos ajustados, cautela que talvez não fosse observada por qualquer outro cliente que não possuísse uma garantia real assegurando a operação, já que este pouco teria a perder no caso de má-escolha da aplicação.

Destacam ainda os autores um terceiro efeito das garantias, ao referir que a existência de garantia e a cobrança de baixas taxas de juros permite a *seleção de clientes menos arriscados* por parte das instituições financeiras, quando esses riscos não são observáveis pelo banco, ao passo que, a cobrança de altas taxas de juros, sem qualquer garantia real, pode gerar a seleção de clientes mais arriscados, problema este conhecido como o da *seleção adversa* dos clientes. Em períodos de altas taxas de juros, apenas investidores extremamente arriscados

são atraídos para a obtenção de empréstimos, já que os mais conservadores descartam a possibilidade de contratação de financiamentos, porque o lucro esperado no investimento sequer poderia cobrir o pagamento dos juros fixados no financiamento.

Pode-se ainda fazer uma associação positiva entre as garantias e os juros, na medida em que, na hipótese de o banco verificar que o empréstimo solicitado pelo cliente é de alto risco, de acordo com os *fatores observáveis*, poderá exigir garantias reais e ainda cobrar altas taxas de juros, de acordo com o risco de crédito ponderado.

Não obstante a relação *garantias-juros* acima apontada, Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 63) salientam que o impacto das garantias sobre as taxas de juros pode não ser tão forte, ou tão evidente, como poderíamos esperar, “tendo em vista as dificuldades existentes no Brasil para a recuperação de garantias de créditos inadimplentes, em virtude de entraves ligados à nossa legislação ou à atuação do Judiciário” (cf. PINHEIRO, 2003). Por isso a necessidade de verificar se realmente existe relação entre as garantias reais e a taxa de juros cobrada no mercado.

Com base nesse raciocínio, Rodrigues, Takeda e Araújo realizaram uma análise utilizando-se de informações do Sistema de Informação de Crédito (SCR) do Banco Central do Brasil, dados esses coletados com o propósito de auxiliar na supervisão das atividades bancárias e fornecer aos bancos informações que possam servir para a avaliação de risco de crédito de suas operações.

Para comprovar a relação causal entre juros e garantias, os autores se utilizaram da seguinte metodologia: (a) primeiro, recorreram ao *efeito médio do tratamento (ATE)*, que estima a mudança média das taxas de juros ao passar uma operação do estado “sem garantia” para o estado “com garantia”; (b) em um segundo momento recorreram ao *efeito do tratamento sobre os tratados (TT)*, que capta a variação média das taxas de juros caso os empréstimos que apresentam garantias não as apresentassem; e ao final, ao *efeito do tratamento sobre os não tratados (TNT)*, que é análogo ao TT, mas é obtido entre as operações sem garantias, que estima a mudança da taxa média de juros se essas operações passassem a oferecer garantias.

No trabalho realizado, foram considerados os efeitos das garantias reais sobre as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras. Muito embora nosso estudo se reserve a verificar somente o impacto das garantias imobiliárias, v.g. hipoteca, alienação fiduciária em garantia, com o intuito de demonstrar de forma mais conclusiva a pertinência social da regularização funcionária, é importante definir que os autores consideraram como “garantias reais” todas

as garantias não fidejussórias, tais como: *cessão de direito creditórios; caução; penhor; alienação fiduciária ou hipoteca.*

Os dados utilizados referem-se a operações novas realizadas no mês de dezembro de 2003 e com valores acima de R\$ 5.000,00, feitas com recursos livres domésticos e com taxas de juros prefixadas, não incluindo empréstimos com recursos do BNDES, direcionamentos aos setores rural e imobiliário e repasses externos. Foram computadas cerca de 472.640 observações retiradas do banco de dados do SCR.

As variáveis observadas foram divididas em três blocos:

I – características do contrato:

- a) taxa de juros efetiva e anualizada da operação e o prazo em dias;
- b) risco da operação (de AA a H) feita pelos próprios bancos;³
- c) valor das operações, valor das garantias reais e tipo de garantias utilizadas;

II – características do cliente:

- a) tipo de cliente (pessoa física ou jurídica);
- b) o setor de atividade e a natureza jurídica (S/A, cotas de responsabilidade limitada, firma mercantil individual etc.);
- c) tempo de relacionamento do cliente com o banco;
- d) informações agregadas sobre o cliente no SFN (quantidade de operações abertas do cliente no SFN, a quantidade de IFs em que o tomador de recursos é o cliente e o volume de créditos em atraso no Sistema);

III – características dos bancos:

- a) CEP da agência que concedeu o crédito.

As modalidades de operações analisadas também foram divididas em três blocos:

I – Empréstimos: cheque especial, crédito pessoal (com e sem consignação em folha de pagamento), conta garantida, capital de giro, vendor e comprar;

3. Na análise de Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 71), foram consideradas apenas as operações classificadas com risco entre AA e C, tendo em vista que as operações renegociadas possuem risco acima de D, em razão de serem qualificadas com a última classificação de risco da operação original, as quais não eram passíveis de individualização naquele período, evitando-se, assim, o problema da inclusão das operações renegociadas no banco de dados. O interesse dos autores foi somente considerar as operações novas, a fim de captar as relações *ex-ante* das variáveis, isto é, no momento em que o contrato foi estabelecido.

II – *Títulos descontados*: duplicatas, cheques e outros títulos descontados;

III – *Financiamentos*: aquisição de veículos, aquisição de bens (outros), vendedor, comprar e financiamento de projetos.

Com base nos critérios apontados, Rodrigues, Takeda e Araújo apresentaram as *estatísticas descritivas* dos dados verificados.

Na *tabela 1*, são apresentados os dados envolvendo as operações de crédito de um modo geral, sem distinção quanto a sua natureza.

Tabela 1

Garantia real	Número de garantidores			Total
	0	1	2	
Sem garantia real				
Taxa de juros – média	68,06	45,67	43,50	62,26
Frequência	133.314	46.534	80	179.928
Proporção	28,21%	9,85%	0,02%	38,07%
Com garantia real				
Taxa de juros – média	33,43	34,83	34,84	33,59
Frequência	259.365	33.236	111	292.712
Proporção	54,88%	7,03%	0,02%	61,93%
Total				
Taxa de juros – média	45,19	41,15	38,46	44,51
Frequência	392.679	79.770	191	472.640
Proporção	83,08%	16,88%	0,04%	100,00%

Fonte: Adaptado de Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 73).

Pelos dados apresentados, verificou-se que, de um modo geral, nas operações que possuíam algum tipo de garantia real, a taxa de juros era menor que nas operações sem qualquer tipo de garantia. Enquanto as operações com garantia real apontaram a incidência da taxa de juros média de 33,59% ao ano, as operações sem qualquer tipo de garantia indicaram a taxa de juros média de 62,26% ao ano, cerca de 28,67% maior que aquela. Outro dado importante, é que as operações com garantia real totalizaram 61,93% das operações analisadas, sendo que apenas 38,07% das operações não apresentavam qualquer tipo de garantia.

Observe-se, ainda, que nas operações sem garantia real, a taxa média de juros diminui, conforme o número de garantidores (fiadores; avalistas) existentes no contrato. O mesmo não ocorre nos contratos com garantia real, em que a taxa média de juros aumenta, conforme a quantidade de garantidores fidejussórios existentes no contrato.

Conforme analisado anteriormente, no subitem que trata da *análise de risco de crédito das operações*, a maior taxa de juros fixada nos contratos firmados com dois garantidores, provavelmente se deve às características pessoais do cliente e à atividade desenvolvida, caso em que o banco, analisando o tipo de investimento, as características do cliente e seu histórico junto à instituição financeira, constata que existe uma probabilidade muito grande de o cliente inadimplir o contrato, entendendo pela necessidade de exigir um número maior de garantias fidejussórias na operação, além de majorar a taxa de juros do contrato, atendendo o grau de *risco* da operação.

Na *tabela 2*, foram apresentados os efeitos das garantias reais sobre a taxa média de juros, em cada uma das modalidades de operações realizadas.

Tabela 2

Modalidade	Sem garantias reais		Com garantias reais		Total	
	Taxa de juros	Proporção	Taxa de juros	Proporção	Taxa de juros	Proporção
Empréstimos						
Cheque especial	132,94	3,70%	117,68	0,08%	132,74	3,75%
Conta garantida	89,84	6,02%	62,94	0,70%	87,06	6,72%
C. pessoal (com cons.)	42,04	7,72%	–	–	42,04	7,72%
C. pessoal (sem cons.)	69,18	7,15%	53,20	0,28%	68,58	7,42%
Capital de giro	51,44	6,13%	42,67	0,65%	50,61	6,78
<i>Vendor</i>	24,80	1,48%	34,81	0,02%	24,91	1,49%
<i>Compror</i>	24,65	0,10%	27,36	0,06%	25,64	0,16%
Títulos descontados						
Duplicatas	–	–	31,78	17,60%	31,78	17,60%
Cheque	–	–	33,02	23,38%	33,02	23,38%
Outros Títulos	–	–	36,44	1,05%	36,44	1,05%
Financiamento						
Aq. de veículos – PF	32,36	2,41%	34,24	17,47%	34,01	19,88%
Aq. de veículos – PJ	29,32	0,67%	28,01	0,44%	28,80	1,11%
Aq. de outros bens – PF	43,77	0,40%	24,71	0,19%	37,66	0,59%
Aq. de outros bens – PJ	31,23	0,17%	24,48	0,05%	29,69	0,22%
<i>Vendor</i>	20,25	2,01%	–	–	20,25	2,01%
<i>Compror</i>	23,68	0,10%	25,08	0,00%	23,71	0,11%
Fin. de projetos	32,66	0,00%	–	–	32,66	0,00%

Fonte: Adaptado de Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 74).

Verificou-se que as modalidades *Vendor* e *Compror* apresentam as menores taxas de juros, muito embora sem possuir garantias reais, apenas fidejussórias. Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 73) argumentam que: “uma possível explicação para esse fato – e que surge de imediato – é a presença do garantidor que caracteriza este tipo de empréstimo”.

“As operações da modalidade *Vendor* são do seguinte tipo: uma empresa vende a prazo um produto ao seu cliente (em geral um fornecedor vende a um cliente tradicional) e recebe o pagamento à vista de um banco, que, por sua vez, financia o comprador. Nessa operação, a empresa vendedora torna-se a garantidora de seu cliente. Nas operações do tipo *Compror*, pequenas indústrias vendem para grandes lojas comerciais. O banco paga o valor da venda às pequenas indústrias e financia as grandes lojas que, assim, dilatam o prazo de pagamento da compra” (RODRIGUES; TAKEDA; ARAÚJO, 2004, p. 73).

Prosseguem os autores (Rodrigues; Takeda; Araújo, 2004, p. 73):

“(…) *Aquisição de veículos* (pessoa física ou jurídica) tem taxas de juros relativamente baixas e possui uma grande proporção de operações com garantias reais (no caso, as garantias são do tipo alienação fiduciária). Facilidades na recuperação também de bens alienados podem ajudar a explicar as taxas dessas operações. Os *títulos descontados* também apresentam taxas abaixo da média e são caracterizados pela presença de garantias reais (dadas pelo próprio título descontado).

As diferenças entre as taxas das diferentes modalidades podem refletir, em grande medida, o tipo de garantia a elas associadas. Entretanto, para termos maior confiança de que os efeitos que captaremos são devidos apenas às garantias reais, enfocaremos apenas as modalidades *capital de giro* e *conta garantida*, como já havíamos mencionado.”

Portanto, na análise dos efeitos das garantias reais sobre a taxa média de juros cobrada pelas instituições financeiras, foram consideradas apenas as operações *capital de giro* e *conta garantida*, as quais possuem natureza heterogeneia, podendo ou não possuir uma garantia real em sua constituição. Com relação às outras modalidades de operações, algumas delas condicionam a alocação de uma garantia real para a sua concretização, outras as dispensam, sem qualquer discricionariedade por parte da instituição financeira, o que impediria a avaliação da mesma operação, com ou sem garantia. Não haveria como saber se a diferença dos juros dava-se em razão da modalidade de garantia constituída, ou pelas características pessoais do cliente, ou tipo de contrato.

Nos cálculos realizados, foram consideradas as seguintes variáveis: (a) prazo da operação; (b) prazo elevado a 1/2; (c) tempo de relacionamento do cliente com o banco; (d) tipo do garantidor fidejussório (pessoa física ou jurídica);

(e) número de garantidores; (f) classificação de risco da operação, de AA a C; (g) quantidade de operações abertas que o cliente tem no SFN; (h) quantidade de bancos com que o cliente tem operações no SFN; (i) 10 regiões do país em que as agências concederam o crédito, de acordo com o CEP; (j) setor de atividade da firma, de acordo com o código CNAE; (k) natureza jurídica do tomador de recursos; (l) critérios em atraso do cliente no SFN, se houver algum; (m) características de cada instituição financeira da amostra (RODRIGUES; TAKEDA; ARAÚJO, 2004, p. 74-75).

Na tabela 3, utilizando-se de cálculos econométricos, foram apontados os efeitos das garantias reais sobre a taxa média de juros cobrada pelas instituições financeiras.

Tabela 3: *Parâmetros de interesse*

Parâmetro	Capital de giro		Conta garantida	
	Estimativa	Intervalo de confiança	Estimativa	Intervalo de confiança
ATE	-0,73	(-0,74; -0,71)	-2,00	(-2,01; -1,98)
TT	-2,58	(-2,71; -2,44)	-6,53	(-6,61; -6,44)
TNT	-0,22	(-0,23; -0,21)	-0,57	(-0,58; -0,56)

*ATE (Efeito Médio do Tratamento): *estima a mudança média das taxas de juros ao passar uma operação do estado "sem garantia" para o estado "com garantia"*;

**TT (Efeito do Tratamento sobre os Tratados): *capta a variação média das taxas de juros caso os empréstimos que apresentam garantias não as apresentassem*;

***TNT (Efeito do Tratamento sobre os Não Tratados): *estima a mudança da taxa média de juros se as operações sem garantia passassem a oferecer garantias*.

Fonte: Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 76).

Conforme esclarecem Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 76):

“Vemos que, para as duas modalidades, os três parâmetros (integrados em X e Z) são negativos e significativos, como o esperado. No caso do efeito médio do tratamento (ATE), notamos que o efeito de sortear aleatoriamente uma operação de crédito em uma modalidade e passá-la do estado “0” para “1” (isto é, do estado “sem garantias reais” para o estado “com garantias reais”) seria o de reduzir o logaritmo das taxas de juros do *capital de giro* em 0,73 p.p., e reduzir em 2 p.p. o *log* das taxas da *conta garantida*. Dentre as operações com garantias (TT), o efeito seria ainda maior, pois reduziria o logaritmo das taxas de juros, respectivamente, em 2,58 p.p. e em 6,53 p.p. Por outro lado, o efeito das garantias entre as operações que não as oferecem (TNT) seria menor: diminuiria o *log* das taxas de *capital de giro* em 0,22 p.p. e o *log* das taxas da *conta garantida* em 0,57 p.p.”

Em suas *considerações finais*, ponderam Rodrigues, Takeda e Araújo (2004, p. 78), *em primeiro lugar, que as operações sem garantias reais estão associadas a fatores não observáveis diferentes das operações com garantias*. Tais fatores não observáveis poderiam decorrer de características não observadas dos clientes, possivelmente decorrentes da assimetria de informação entre o banco e o cliente, bem como de fatores não observáveis apenas ao econometrista, mas que merecem ser considerados, sob pena de gerar-se a inconsistência das informações verificadas.

De forma eloquente, em segundo lugar, apontou-se:

“(...) que, apesar das dificuldades na recuperação de garantias existente no Brasil, elas parecem reduzir as taxas de juros de forma significativa. O efeito pareceu ser bastante forte para o caso em que sorteamos aleatoriamente uma operação dentre as modalidades escolhidas e a passamos do estado “sem garantias” para o estado “com garantias”. Como esse efeito está limpo daqueles devidos aos fatores não observáveis ao econometrista, incluindo a autosseleção dos clientes entre diferentes tipos de contratos, temos evidências que nos sugerem que as garantias reduzem juros independentemente de servirem também para resolver o problema de seleção adversa. Além disso, tanto entre os tratados como entre os não tratados, o impacto pareceu ser muito grande – particularmente forte entre os tratados” (RODRIGUES; TAKEDA; ARAÚJO, 2004, p. 78).

Na mesma linha de raciocínio, Nakane e Koyama (2006, p. 56), utilizando-se de dados do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR), abrangendo cerca de 640.695 operações de empréstimos realizadas em maio de 2004, apontaram a diferença das taxas de juros em se comparando as operações com garantias reais e as operações sem qualquer tipo de garantia. De acordo com os autores, “a maioria das observações na amostra (75,71% delas) é feita sem garantias. A taxa média de juros para tais empréstimos (51,55% a.a.) é maior que a taxa média para empréstimos com garantias (43,97% a.a.)”.

Tabela 4: *Medidas de posição e dispersão da taxa de juros por existência de garantias*

	Operações sem garantia	Operações com garantia
Taxa de juros da operação – % a.a.		
Média	51,55	43,97
Mediana	36,07	36,00
Média ponderada pelo volume	42,37	39,19
Desvio-padrão	40,26	27,23

	Operações sem garantia	Operações com garantia
Montante – R\$		
Média	15.963,26	24.685,68
Mediana	8.178,71	10.049,85
Desvio-padrão	125.276,49	261.105,52
Frequência	485.051	155.644
%	75,71	24,29
<i>Proporção do montante</i>	66,84	33,16

Fonte: Adaptado de Nakane e Koyama (2006, p. 56).

Em seguida, Nakane e Koyama (2006, p. 57) realizam a associação entre as garantias reais e as garantias fidejussórias, concluindo que: “garantias reais (não fidejussórias) estão associadas a taxas de empréstimos mais reduzidas que as garantias fidejussórias”.

Tabela 5: *Medidas de posição e dispersão da taxa de juros por tipo de garantia*

	Tipo de garantia		
	Fidejussória	Não fidejussória	Ambas
Taxa de juros da operação – % a.a.			
Média	49,33	38,67	90,51
Mediana	38,90	34,80	54,64
Média ponderada pelo volume	42,08	36,31	40,41
Desvio-padrão	28,68	19,83	59,88
Montante – R\$			
Média	30.575,50	18.319,28	86.105,80
Mediana	10.281,99	9.593,15	18.203,23
Desvio-padrão	312.033,11	157.702,03	769.943,78
Frequência	52.536	97.989	5.119
%	33,75	65,10	3,40
<i>Proporção do montante</i>	41,81	46,72	11,47

Fonte: Adaptado de Nakane e Koyama (2006, p. 57).

Demonstrou-se por cálculos econométricos o impacto das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado, contribuindo para a redução do *risco de crédito* das operações financeiras, circunstância que fomentará o investimento no setor produtivo, contribuindo para o desenvolvimento econômico da nação.

5. OS ATRIBUTOS DA PROPRIEDADE FORMAL

5.1 *A propriedade formal como ativo financeiro*

Conforme já referenciado, o grande segredo para um país conquistar o desenvolvimento econômico é descobrir-se a fórmula para a produção de *capital*. O *capital* é o vetor que movimenta a economia, proporciona o aumento da produtividade, gerando riqueza para as nações.

A integração do país no sistema de mercado, realmente, é o grande passo para chegar-se à prosperidade. A ponte que levará a essa integração, contudo, pressupõe prioritariamente o reconhecimento do direito de propriedade.

De acordo com Nóbrega (2005, p. 41):

“O advento do sistema de mercado derivou de duas condições básicas. A primeira foi o conjunto de instituições que estabeleceram direitos individuais seguros e bem definidos. Os direitos individuais, diz Olson, não surgem da natureza. Por exemplo, a propriedade privada deve ser protegida pelo Governo contra atos de terceiros e dele próprio. A existência desses direitos cria os incentivos para a produção, o investimento e o engajamento em transações mutuamente vantajosas para seus participantes.”

Com base em estudos empíricos realizados na Ásia, na África, no Oriente Médio e na América Latina, Soto (2001, p. 20) elucida:

“(…) a maioria das pessoas já possui os ativos necessários para transformar o capitalismo num sucesso. Mesmo nos países mais pobres, os pobres economizam. O valor de suas economias é, com efeito, imenso: quarenta vezes o valor de toda a ajuda estrangeira recebida desde 1945. No Egito, por exemplo, a riqueza acumulada pelos pobres vale cinquenta e cinco vezes mais do que a soma de todo o investimento estrangeiro direto jamais lá registrado, incluindo o Canal de Suez e a Represa de Assuã.”

Refere-se o autor aos recursos impregnados nas construções habitacionais: na maior parte das vezes, são valores que representam *economias de uma vida toda*, utilizadas na construção de imóveis residenciais, cujo potencial econômico pode representar um expressivo ativo financeiro para o crescimento de uma determinada nação.

Contudo, adverte Soto (2001, p. 20):

“(…) são posses defectivas, as suas: casas construídas em terras cujos direitos de propriedade não estão adequadamente registrados, empresas sem constituição legal e sem obrigações definidas, indústrias localizadas onde financistas e investidores não as podem ver. Porque os direitos de propriedade não são adequadamente documentados, esses ativos não podem se transformar

de pronto em capital, não podem ser trocados fora dos estreitos círculos locais onde as pessoas se conhecem e confiam umas nas outras, nem servir como garantia a empréstimos e participação em investimentos.”

Merece evidência a constatação expressada por Soto, no sentido de que a população dos países pobres e em desenvolvimento já possui recursos suficientes para fomentar o desenvolvimento econômico, faltando-lhes, entretanto, o mecanismo necessário para fazer suas propriedades transformarem-se e produzir capital, já que, em grande escala, são imóveis desprovidos de registro, colheitas que não encontram posição na posse formal da terra, empresas que não observaram o regular processo de constituição.

Na maior parte dos países em desenvolvimento e naqueles de origem socialista, a principal causa da informalidade patrimonial, da clandestinidade, o que impede o acesso das pessoas ao regime legal de propriedade, é a burocracia impregnada em uma legislação arcaica que dispõe sobre os procedimentos registraes, além do custo necessário para o ingresso no sistema formal de propriedade (SOTO, 2001).

Por exemplo, conforme dados levantados por Soto (2001, p. 33), para se obter autorização legal para a construção de uma casa em terras estatais no Peru, demora-se em média 6 anos e 11 meses, sendo passadas 207 etapas administrativas em 52 repartições governamentais. Para obter a escritura legal do terreno desta mesma casa, são necessárias 728 etapas governamentais.

Alguns efeitos negativos da inexistência de registro merecem apontamento. Em primeiro lugar, surge a dificuldade de se comprovar a posse havida sobre os ativos imobiliários, já que a propriedade não se encontra estabelecida pela legislação. Em segundo lugar, os atributos econômicos dos imóveis não se encontram devidamente documentados, tornando os imóveis bens de difícil comercialização, em razão da insegurança jurídica que paira sobre eventual transação. Em terceiro lugar, o imóvel não pode ser usado como garantia para a obtenção de crédito no mercado financeiro, considerando a ausência de documento hábil para inscrever-se a construção. Toda essa situação reduz sensivelmente a potencialidade do imóvel de circular no mercado de capitais, portanto, a sua capacidade de gerar capital.

A quantidade de imóveis irregulares é alarmante. De acordo com Soto (2001, p. 45): “nas Filipinas, segundo os nossos cálculos, 57 por cento dos moradores das cidades e 67 por cento dos das áreas rurais vivem em habitações que são capital morto. No Peru, 53 por cento dos moradores das cidades e 81 por cento dos das áreas rurais habitam moradias extralegais (...). No Haiti, também segundo nosso levantamento, 68 por cento dos moradores das cidades e 97 por cento dos das áreas rurais vivem em moradias das quais ninguém

possui uma escritura legal. No Egito esse capital morto serve de habitação para 92 por cento dos moradores das cidades e 83 por cento dos das áreas rurais”.

O Brasil não está distante dessa realidade. Conforme observa Paiva (apud REGUEIRA, 2007, p. 101):

“O Brasil atravessa uma grande crise econômica que reflete nos direitos de propriedade, haja vista o elevado número de imóveis fora do registro, o que prejudica o mercado e os negócios. Estima-se que entre 45% dos imóveis brasileiros estejam em situação irregular – domínio, posse, título, clandestinidade etc. –, diferentemente da Espanha, onde não chega a 5% o número de imóveis irregulares, concentrados na área rural.”

O valor impregnado nas construções realmente é significativo, representando muito para a economia de um país em desenvolvimento. Para se ter uma ideia, “o valor dos imóveis rurais e urbanos extralegais no Peru monta a uns US\$74 bilhões. Isso representa 5 vezes o valor total da Bolsa de Lima antes da queda de 1998, 11 vezes o valor das empresas e instalações governamentais com potencial de privatização, e 14 vezes o valor de todo investimento estrangeiro direto no país por toda a sua história documentada. (...) Por nossos cálculos, o valor total dos imóveis de posse extralegal dos pobres no terceiro mundo e nas nações do extinto bloco comunista é de pelo menos US\$9,3 trilhões” (SOTO, 2001, p. 46).

De acordo com apontamentos feitos por Heston e Summers (apud REGUEIRA, 2007, p. 49): “as construções residenciais e comerciais representam em média 80% do valor total do estoque de capital produtivo, sendo que nos países em desenvolvimento este valor é maior do que nos países desenvolvidos. Nos países africanos este índice alcança 85%, enquanto entre os países desenvolvidos é de cerca de 75%”.

Com isso, para os países em desenvolvimento e àqueles que possuem origem no comunismo, o principal desafio é regularizar todo esse patrimônio imobiliário, com a finalidade de inclui-lo no processo de geração de capital. A constituição de garantias reais para a contratação de empréstimos junto a instituições financeiras, a serem utilizados na realização da atividade empresarial, é uma das formas mais recorrentes de produção de capital mediante a utilização de ativos imobiliários. Mas isso pressupõe, acima de tudo, a regularização, sob pena de converter-se o ativo imobiliário em *capital morto*, destinado unicamente à habitação. É a propriedade formal que permite a conversão de um ativo imobiliário em capital.

Apontamentos lançados no relatório Doing Business (2009) certificam que: “das cerca de 25 milhões de propriedades urbanas existentes no Egito, apenas

7% foram formalmente registradas em 2005. Seis meses após a reforma do registro de propriedade, o registro de títulos aumentou e a receita cresceu em 39%. Após as reformas do registro de propriedade em Tegucigalpa, Honduras, o registro público recebeu 65% mais pedidos de registro entre julho e dezembro de 2007, do que no mesmo período de 2006”.

A realização da atividade econômica, amparada na produção e na troca, é da própria natureza do ser humano. Visando a produção e a troca, elementos que geram a riqueza das nações, a natureza prescreveu aos homens certas obrigações: “primeiro, que os homens possam, individualmente, ter uns com os outros relações de troca baseadas na propriedade” (FOUCAULT, 2008, p. 79). A circulação dos ativos entre os vários agentes econômicos é, portanto, condição necessária para a sobrevivência dos indivíduos, enquanto seres humanos sociais por natureza, resultando daí a necessidade de cada qual interagir com seus pares para a produção de riqueza dentro de uma determinada nação.

Nesse mesmo sentido, equaciona Nóbrega (2005, p. 30-31):

“Recentes pesquisas indicam, porém, que o mercado poderia ser responsável pela própria existência da humanidade. Segundo Jason Shogren, da Universidade de Wyoming, a especialização e a troca permitiram que o *homo sapiens* – o homem moderno – prevalecesse sobre o *homo neanderthalensis*. Os estudos mostram que o homem de Neandertal era tão inteligente quanto o *sapiens*. Possuía vasta cabeleira. Era forte e resistente, o que seria prova de sua capacidade de se adaptar às condições da era glacial. Isto é, fisicamente, o *sapiens* não apresentaria vantagens significativas com relação a ele, e se poderia dizer que nem era tão bem aparelhado quanto seu concorrente. Mas o triunfo do *sapiens* estava em outro ponto. Quando o *sapiens* chegou à Europa há 40 mil anos, o homem de Neandertal já estava lá havia 200 mil anos, mas, uma vez tendo entrado em contato com o *sapiens*, desapareceu em 10 mil anos. A razão não teria sido nenhum cataclismo natural, como também já se chegou a pensar, mas o próprio *sapiens*, que passou a viver da caça e da coleta dos mesmos animais e plantas coletados pelo Neandertal.

Para o Dr. Shogren, a dominação do *sapiens* foi obra de um sistema econômico mais eficiente. O *sapiens* praticava o comércio. Instrumentos de pedra confeccionados com materiais de outros locais e joalheria de conchas marinhas encontradas longe do mar mostram que o *sapiens* já fazia trocas de longa distância. O tipo de artesanato e a existência de espaços para diferentes usos e suas habitações indicam que ele adotava a divisão do trabalho e a especialização. O *sapiens* desenvolveu todo um sistema econômico próprio de seu grupo.

As pesquisas sugerem que essa organização permitiu que os grupos do *sapiens* obtivessem mais carne, o que no seu grupo elevou a fertilidade e au-

mentou a população. Como a disponibilidade de carne era finita, sobraram menos suprimentos para o pessoal do Neandertal, o que gerou o declínio e o desaparecimento de sua população. Afinal, como argumentou Ezra Zubrow, antropólogo da State University of New York, uma vantagem de 2%, como a conseguida pelo *sapiens* devido ao seu sistema econômico, pode levar à eliminação da segunda população em um milênio.”

Com base nisso, não se mostra descabido afirmar que a sobrevivência econômica de uma nação está intrinsecamente relacionada com a sua capacidade de produzir capital, em outras palavras, com a sua capacidade de participar do processo produtivo em paridade com outras nações. Contudo, não basta que a nação adquira a capacidade formal de participar da cadeia produtiva mundial. Primeiramente, deve estar apta a produzir capital. A sobrevivência no regime capitalista pressupõe que a expressividade dos negócios jurídicos firmados por um determinado país guarde certa equivalência com os demais negócios travados em âmbito mundial, somente assim se permitindo a distribuição igualitária da riqueza global. Quanto maior o volume econômico de transações, mais capacitado estará o país a participar do processo de produção, mais próximo se chegará a patamares mínimos de civilização.

Soto (2001, p. 63-77) relaciona seis efeitos da propriedade formal, assim discriminados: (a) a fixação do potencial econômicos dos ativos; (b) a integração das informações dispersas em um único sistema; (c) a responsabilização das pessoas; (d) a transformação dos ativos em bens fungíveis; (e) a integração das pessoas; (f) a proteção das transações; efeitos que procuraremos esmiuçar adiante.

Com relação ao primeiro efeito, *a fixação do potencial econômicos dos ativos* (SOTO, 2001, p. 63), cumpre assinalar que é através do registro formal da propriedade que será possível reunir todas as informações relevantes do imóvel em um único documento, o qual exprimirá o potencial econômico do bem. A propriedade formal é o elemento que fixará o valor do ativo, definindo e organizando os atributos necessários para a geração de capital. Mostra-se inviável a circulação no mercado, de imóveis cujos aspectos econômicos e sociais não estejam devidamente documentados. Pelo registro formal da propriedade, consegue-se estimar o potencial econômico do ativo imobiliário.

Efetivamente, através do *registro formal da propriedade* pode-se precisar com exatidão o valor econômico do bem, pela análise de suas características principais, o tamanho da área, a sua localização, as construções e benfeitorias existentes sobre o imóvel, tomando-se conhecimento, ainda, sobre a existência de ônus e/ou eventuais restrições incidentes sobre o bem.

A propriedade formal é ainda o *instrumento adequado para a proteção do interesse do adquirente de boa-fé*, na medida em que, gozando do atributo da

presunção de veracidade, o registro realizado sobre o documento formal que representa a identidade do imóvel (matrícula), é o único mecanismo aceito como legítimo para concretizar-se a transferência da propriedade imobiliária, ou mesmo a sua oneração, inscrição esta que pode ser contraposta a todo e qualquer título ainda não levado a registro, mesmo que este tenha sido lavrado em data anterior.

Dessa forma, desejando realizar a compra de um imóvel, o terceiro interessado na aquisição não precisa realizar uma investigação *in loco* sobre a situação jurídica do bem, mostrando-se suficiente a consulta do documento formal de propriedade para verificar os dados pertinentes à legitimidade da titulação, bem como a eventual existência de ônus sobre o bem, uma vez que, de regra, somente se reconhece como válido perante terceiros os títulos previamente levados a registro.

Com relação ao segundo efeito da propriedade formal, *a integração das informações dispersas em um único sistema* (SOTO, 2001, p. 65), cumpre assinalar que, durante o transcorrer da história, foram vários os sistemas – formas – para realizar-se a constituição e a transmissão da propriedade, comumente criados pelos usos e costumes locais. A diversidade de regras definidoras do direito de propriedade constituía, e ainda constitui naquelas comunidades em que vigora a clandestinidade, um grande empecilho para a circulação do capital, na medida em que o terceiro eventualmente interessado na aquisição do bem, pela disparidade e informalidade das regras, não encontra segurança jurídica para concretizar a negociação.

Conforme preleciona Soto (2001), não havendo um sistema jurídico de propriedade formal devidamente integrado, na maior parte das vezes, o comprador, para realizar a aquisição, necessita comparecer no local onde se situa o imóvel, realizando uma pesquisa acirrada para averiguar dados sobre a verdadeira titularidade do imóvel, e sobre eventuais ônus que gravam o bem.

A insegurança relatada decorre da dificuldade de se conhecer com exatidão todas as regras criadas pela comunidade local que dispõem sobre as formas de aquisição e transmissão da propriedade imobiliária, já que são normas consuetudinárias, não condensadas em um único documento formal. Em consequência, não se consegue saber com precisão quem é o verdadeiro dono do imóvel. Daí se conclui que, sem o registro formal da propriedade, não há segurança jurídica para o ativo circular normalmente, em razão da incerteza impregnada na transação, circunstância que afasta inclusive o interesse de terceiros investidores, diante do altíssimo risco na aquisição, o que torna bastante restrito o mercado de negociação do bem.

Nesse caso, para garantir-se segurança aos negócios jurídicos relacionados à propriedade imobiliária, mostra-se necessária a *integração das informações*

dispersas em um único sistema, consolidando e uniformizando em um único regime jurídico todo o regramento que dispõe sobre as formalidades necessárias para a aquisição, transmissão e oneração da propriedade imobiliária existente dentro de cada nação, o que garantirá plena eficácia aos negócios jurídicos realizados.

De acordo com Soto (2001, p. 68), o terceiro efeito da propriedade formal é a *responsabilização das pessoas*. O indivíduo, enquanto distante do sistema legal de propriedade, resguarda certo anonimato perante a comunidade global, circunstância que pode dificultar a sua responsabilização por obrigações pessoais. A pessoa, sem a representação de uma propriedade formal, é uma pessoa sem endereço fixo, podendo facilmente furtar-se de eventuais responsabilidades, tornando-se difícil a sua localização. A própria execução de um devedor sem bens imóveis formalmente constituídos mostra-se de duvidosa realização, já que não serão encontrados bens passíveis de expropriação.

O sentimento da *impunidade civil* gerado pela crença da inexecução das obrigações pessoais pode ser um fator determinante para a eclosão da irresponsabilidade do devedor pelos compromissos assumidos na sociedade. As pessoas, pressentindo o receio da expropriação, tornam-se sujeitos mais responsáveis para com o cumprimento de suas obrigações.

Nesse sentido, equaciona Regueira (2007, p. 78) que: “a propriedade formal funciona como um estímulo para que as pessoas respeitem títulos, honrem contratos e respeitem as leis. Além disso, a propriedade formal não protege apenas a posse, mas também a segurança das transações”.

Por sua vez, o indivíduo, sem propriedade formal, é um indivíduo sem origem, sem histórico no mercado de capitais. Isso acaba limitando o mercado de sua atuação, comprometendo a circulação de ativos no mercado global, na medida em que seus ativos, geralmente, somente circulam em âmbito local. A própria expressividade dos negócios realizados é bastante pequena, resultando insignificante a sua participação na cadeia de produção de capital.

Efetivamente, os imóveis não regularizados geralmente são comercializados somente entre as pessoas que pertencem a uma mesma comunidade, conhecidas entre si, detentoras de um saber pessoal sobre a titularidade do bem, pois a única garantia que firma a transação é a palavra do sujeito envolvido na operação (Soto, 2001). Da mesma forma, a quantidade de capital envolvida nas negociações é bastante reduzida, limitada à capacidade econômica da parte contratante, o que pode ser facilmente percebido na contratação de um empréstimo por pessoa não titular de uma garantia real, circunstância que decorre da incerteza da responsabilização da pessoa envolvida na transação.

A propriedade formal, nesse campo, permite a *despersonalização das transações*, na medida em que os negócios jurídicos passam a ser ajustados com base na capacidade econômica do devedor, mostrando-se prescindível a existência de um vínculo pessoal entre os contratantes. Pela propriedade formal, consegue-se verificar a origem do devedor, o seu histórico no mercado de capitais, bem como o cumprimento das obrigações contraídas perante a comunidade em geral. De forma um tanto singela, a propriedade formal demonstra a solvabilidade do devedor.

Em síntese, a propriedade formal possibilita a responsabilização do devedor, e faz com que ele, em razão disso, torne-se uma pessoa mais responsável para com as suas obrigações, constituindo um marco fixo para a sua localização, permitindo ainda que se proceda a expropriação, mesmo que não localizado o devedor em eventual processo de execução. A expressividade econômica dos negócios jurídicos também sofre alteração, na medida em que a propriedade formal evidencia a capacidade econômica do devedor, outorgando-lhe o manto da solvabilidade, atribuindo-lhe a capacidade de levantar significativas quantias de dinheiro, se assim o desejar, para a realização da atividade empresarial.

A certeza da execução, que garante segurança aos negócios jurídicos, é um dos fatores determinantes da elasticidade da oferta de crédito para o mercado de produção e consumo, do que se extrai a conclusão no sentido de que a propriedade formal fomenta a concessão de crédito a baixo custo pelas instituições financeiras, na medida em que a quantidade de recursos disponibilizados no mercado, bem como os juros cobrados, possuem relação direta com o *risco de crédito* das operações financeiras.

O quarto efeito da propriedade é a *transformação dos ativos em bens fungíveis* (SOTO, 2001, p. 71). O bem imóvel, na sua estrutura física, não estando representado por um título formal, é um bem de difícil comercialização, como visto anteriormente, já que as relações jurídicas firmadas vinculam-se sobremaneira ao aspecto pessoal dos sujeitos envolvidos em cada transação. Em razão disso, os imóveis são construídos ou adquiridos com o escopo único da habitação. Prova disso é que se mostra extremamente difícil a comercialização de um imóvel que não se encontre devidamente registrado; e quando alienado, o preço pago pelo bem é significativamente menor do que o valor de mercado. Da mesma forma, os imóveis não documentados não são bens passíveis de oneração, pois somente se admite a constituição de uma garantia real, v.g. a hipoteca, sobre a propriedade formalmente estabelecida.

Entretanto, a partir do momento em que a propriedade passa a ser representada por um documento formal, o ativo imobiliário desvincula-se da estrutura física, podendo ser comercializado ou onerado com mais facilidade no merca-

do de capitais. Os imóveis passam a se constituir em bens fungíveis, passíveis de comercialização e oneração.

Como bem adverte Regueira (2007, p. 63):

“Um outro aspecto importante na obra de Soto é o destaque dado aos vínculos informais. Apesar da inexistência de registros legais sobre os imóveis, os vizinhos e a comunidade são capazes de reconhecer e respeitar quem ocupa os mesmos (...).

Os contratos ou vínculos informais não são facilmente transferíveis em uma operação de venda, fazendo com que, como relata Soto (1987, p. 228):

(...) um comprador potencial deverá investir tempo e dinheiro para se informar acerca da influência de tais fatores na validade de seu direito expectacional de propriedade e poder decidir se pode defender a dita propriedade no futuro com a mesma habilidade e baixos custos que o vendedor.

Estes obstáculos para a transferência dos imóveis reduzem os estímulos para que ocorra a especialização dos recursos, pois para os informais, ter a posse por um razoável período adquire grande importância para que possa ter o direito de propriedade reconhecido. Ao contrário dos terrenos formais, onde um investidor os compra e constrói casas ou prédios para vender com o objetivo de agregar valor e ter lucro, nos assentamentos informais tal fato muito raramente ocorre. Enquanto os formais adquirem legalmente o terreno ou o habilitam, para dar início ao processo de construção e, só no final, instalam-se nas residências, com os informais ocorre o inverso. A fixação dos informais no terreno é o primeiro passo, depois vem a construção, as tentativas de habilitação e, só no final, a obtenção da propriedade legal do terreno. Os informais investem na construção sem ao menos ter a certeza de que conseguirão o registro formal pela mesma, o que, para Soto (1987, p. 229), ‘é um processo obviamente antieconômico’.

Com a representação formal da propriedade, o imóvel passa a ter valor econômico, desvinculado da estrutura física que lhe é subjacente. A possibilidade de se precisar o valor econômico do ativo imobiliário, pela análise de seus elementos essenciais postos no título formal de propriedade, oportuniza um maior número de transações entre os ativos financeiros, tudo isso para produzir mais capital. Permite também a divisão física do imóvel, ou a formação de condomínio, sem a necessidade de realização de obras no local.

Observa Soto (2001, p. 72), que no sistema informal de propriedade, geralmente baseado na posse, os herdeiros de eventual latifundiário rural provavelmente teriam que ocupar a sua parte no imóvel herdado, para continuar a posse havida de seus pais, com a finalidade de preservar a parte da herança

recebida, dividindo-se o imóvel em tantas frações quantos forem os herdeiros beneficiados pela sucessão. Ao contrário, o registro formal de propriedade permite a preservação da propriedade imobiliária na sua integralidade, na proporção ideal de cada cota recebida pelo herdeiro. Este mesmo herdeiro poderá ocupar ou arrendar o imóvel, sem receio de perder a propriedade, que estará devidamente documentada. Se o desejar, poderá alienar a sua parte do imóvel, permitindo a exploração do mesmo por aqueles que possuem maior afinidade com a atividade.

A fungibilidade da propriedade formal também possibilita a contratação de empréstimos no mercado financeiro, por meio da constituição de garantia real pelo proprietário do bem, elemento determinante para o início ou para a expansão de uma atividade empresarial.

O proprietário formal pode ainda tornar-se sócio cotista de uma pessoa jurídica, através da integralização de bens imóveis ao seu capital social, caso em que o proprietário do imóvel adquire a condição de investidor, utilizando-se do potencial econômico do bem para produzir mais capital.

Em síntese, é essa possibilidade de combinação de ativos em transações de diversas naturezas, com vistas à geração de capital, ou seja, a capacidade de o ativo gerar mais capital, desvinculado da estrutura física do imóvel, que caracteriza a fungibilidade da propriedade formal.

Não obstante, é importante compreender que o crédito, isoladamente considerado, não é suficiente, por si só, para impulsionar o desenvolvimento. O crédito, certamente, constitui-se em um dos fatores decisivos para a expansão da atividade econômica, devendo, contudo, ser conjugado a outros fatores, como por exemplo, a inovação e a tecnologia, a educação, um sistema financeiro eficiente, um Estado cooperativo, incentivos, conforme definição de Nóbrega (2005, p. 82-100), para implementar o crescimento econômico da nação.

Nesse quadro, cabe apontar a relevância da capacidade empresarial para a garantia da estabilidade da atividade empresarial, conforme elucida Regueira (2007, p. 128):

“Ainda que as taxas de juros sejam acessíveis, ocorra estabilidade econômica e haja crédito disponível para os empresários, a capacidade empresarial é um fator decisivo para o sucesso do empreendimento. O maior problema é que esta não é uma característica facilmente observada, sobretudo quando não se tem uma reputação no mercado de crédito e no ambiente de negócios. Neste sentido, acreditamos que a análise de Soto é excessivamente otimista, ao atribuir às pessoas pobres e com baixa educação uma capacidade empresarial maior do que seria esperar à luz destas estatísticas.”

Na visão de Soto (2001, p. 73), o quinto efeito da propriedade é a *integração das pessoas*. A segurança jurídica advinda da possibilidade de responsabilização possibilitou a integração das pessoas, dentro de uma sociedade movida pelo mercado de capitais. A própria geração de capital pressupõe a comunicação dos vários sujeitos existentes no mercado. Não se pode conceber a produção de capital entre sujeitos isolados, atuando cada qual individualmente. A propriedade formal transforma o indivíduo em agente econômico, capacitando-o a produzir capital. A produção de capital pressupõe, então, a interação de vários agentes econômicos, os quais farão os seus ativos circularem, com a finalidade de gerar mais capital.

Concretamente considerada, a propriedade formal une o indivíduo aos demais agentes econômicos que figuram no mercado de capitais. Formalizada a propriedade, tem-se um indicativo maior para atrair a atenção dos prestadores de serviços públicos, como fornecimento de água, luz e telefonia, direcionados que são pela viabilidade econômica do empreendimento, quando prestados pela iniciativa privada. Com efeito, para que a atividade torne-se economicamente viável, mostra-se indispensável a possibilidade de identificação e responsabilização dos usuários dos serviços públicos, ou seja, pressupõe-se a faculdade de cobrança dos serviços prestados. Sem a propriedade formal, há uma maior dificuldade de se identificar e executar o usuário do serviço público, circunstância que por vezes desestimula o agente econômico para a prestação de um determinado serviço.

A vinculação do proprietário ao Poder Público ocorre pela atribuição da condição de devedor/responsável por uma determinada obrigação tributária. Como se sabe, a propriedade formal é um importante instrumento utilizado para o custeio de políticas públicas, v.g. na área do saneamento básico, construção de arruamentos, possibilitando a instituição de tributos, em especial a contribuição de melhoria, definindo como fato gerador a valorização do imóvel provocada pela realização de uma obra pública pelo Poder Público. A propriedade formal possibilita a cobrança de outros impostos diretos, a exemplo do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU e do Imposto Territorial Rural – ITR, relevantes fontes de receita para o Poder Público. A condição de proprietário torna o indivíduo responsável direto pelo pagamento desses impostos.

A propriedade formal possibilita ainda a vinculação do proprietário ao setor empresarial, como já visto, permitindo o seu ingresso em uma determinada empresa através da integralização de bens imóveis ao capital social, passando o mesmo a manter relações com os demais sócios dessa mesma pessoa jurídica.

O sexto efeito da propriedade formal é a *proteção das transações* (SOTO, 2001, p. 76). Um dos escopos da propriedade formal é a proteção da posse: prescre-

ve qual sujeito é o proprietário do bem, independente da ocupação física do imóvel, criando o instituto da posse indireta. Em razão de proteger a situação jurídica do proprietário, a propriedade formal assegura a própria legitimidade das transações.

Com efeito, para proteger a posse do proprietário, o sistema jurídico deve criar mecanismos adequados para proteger o negócio jurídico realizado, posto que transações inseguras geram desequilíbrio ao sistema da propriedade formal.

Por intermédio dos cartórios extrajudiciais, o sistema de registro de imóveis garante segurança jurídica às transações. Outorga a presunção de veracidade aos negócios jurídicos levados a registro, investindo-os do atributo da oponibilidade *erga omnes*, prescrevendo a sujeição do registro a toda e qualquer pessoa, mesmo estranha à relação negocial, qualificando-a como sujeito passivo indeterminado e universal.

A segurança jurídica garantida pelo sistema de propriedade formal é fator determinante para a adequada circulação de ativos no mercado de capitais. Sabe-se que os agentes econômicos movimentam-se pela análise do risco de determinado investimento, ao passo que, havendo segurança aos negócios jurídicos, proporciona-se a adequada circulação dos ativos no mercado de capitais.

Em breves palavras, Soto (2001, p. 79-80) assevera:

“A propriedade semeia o sistema, tornando as pessoas responsáveis e os ativos fungíveis, acompanhando de perto as transações e, assim, proporcionando todos os mecanismos necessários ao funcionamento dos sistemas monetário e bancário e de investimentos.

Hoje em dia, no fim das contas, é a informação documentada encontrada em registros legais de posse e de transações que fornece às autoridades monetárias os indicadores de que precisam para emitir moeda corrente. (...) É a documentação de propriedade que fixa as características econômicas dos ativos para que possam ser usados na garantia de transações comerciais e financeiras e, por fim, proporcionar a base justificativa para os bancos centrais emitirem dinheiro. Para criar crédito e gerar investimento, o que as pessoas hipotecam não são os ativos físicos em si, mas suas representações de propriedade – os títulos e ações registrados – regidos por leis que podem ser executadas em toda a nação.”

Com base na obra de Soto (2001), mostra-se oportuno evidenciar a diferença entre *ativo* e *capital*. Entende-se por *ativo* todo e qualquer bem que compõe o patrimônio pessoal. O termo *capital*, por sua vez, vem expresso na capacidade deste *ativo* produzir capital. Capital, portanto, é o ativo que se encontra apto a ser utilizado na cadeia de produção de capital.

Efetivamente, após analisar a obra de Adam Smith, Soto (2001, p. 55) atribui um novo significado para a expressão *capital*:

“O que Smith de fato pretendia dizer serviria de tema a um debate legítimo. O que apreendo dele, no entanto, é que o capital não é o estoque acumulado de ativos, mas o *potencial* que estes têm de desdobrarem-se em nova produção. Este potencial é, obviamente, abstrato. Deve ser processado e fixado numa forma tangível antes de podermos libertá-lo – como a energia nuclear potencial no tijolo de Einstein. Sem um processo de conversão – que retire e fixe a energia potencial contida no tijolo – não há explosão; um tijolo permanece tão só um tijolo. Gerar capital também requer um processo de conversão.”

Na mesma linha, elucida Foucault (2008, p. 308): “uma renda é simplesmente o produto ou o rendimento de um capital. E, inversamente, chamar-se-á ‘capital’ tudo o que pode ser, de uma maneira ou de outra, uma fonte de renda futura”.

Quando se fala em *transformar-se o ativo imobiliário em capital*, evidencia-se a necessidade de se utilizar da propriedade para a geração de renda, de capital. Atribuir-se ao bem imóvel a capacidade de geração de capital é da essência do regime capitalista, é o instrumento adequado para a inclusão de uma determinada nação no mercado de capitais. É a chave para o progresso econômico, para a evolução da humanidade, para alcançar-se patamares mínimos de civilização.

Em sua tese de doutorado, Regueira (2007) analisa as críticas feitas por diversos autores à obra de Soto, apresentando, em seguida, a réplica oferecida pelo referido autor.

Primeiramente, aponta o posicionamento de Paul Mathieu, que embora concorde com Soto sobre a importância do acesso à terra e da segurança jurídica para as camadas mais pobres que residem na área rural, questiona a habilidade e a competência dos informais de se tornarem empresários, caso seus ativos forem incorporados ao sistema legal de propriedade, já que, para esse autor, nem todos os pobres dos países em desenvolvimento reúnem tais características. Além disso, os títulos de propriedade sobre a terra não representam uma condição suficiente ou necessária para que tenha início o processo de criação de um mercado de terras, assim como não garantem a expansão do investimento na agricultura (REGUEIRA, 2007, p. 136-137).

Doutra banda, após analisar a estrutura fundiária da África, Mathieu (apud REGUEIRA, 2007, p. 139) elucida:

“(…) esta junção de mercados fracos e imperfeitos, as restrições provocadas pela diversidade cultural existente em uma mesma região e a forma como os

agentes lidam com as regras, põem em cheque muitas afirmações de Soto. Em muitos desses países, uma família pode ocupar uma área por décadas, com a terra sendo distribuída entre os herdeiros sem que haja nenhuma documentação comprovando a propriedade da mesma ou a forma como se deu a transação. Cada nação africana possui uma diversidade étnica e cultural significativa, com línguas, religiões e costumes diferentes. Torna-se complicado criar uma regra geral que se pretenda ser seguida da mesma forma por todas as tribos, sendo que muitas delas são inimigas seculares, já tendo inclusive travado guerras sangrentas.”

Soto (apud REGUEIRA, 2007), ao contraditar a crítica apresentada por Mathieu, esclarece que não pretende transformar todos os informais em empresários com a regularização, mas apenas garantir o acesso a novas oportunidades de investimento pessoal e profissional a pessoas desprovidas de recursos próprios, evitando a perda de uma oportunidade nos casos em que o obstáculo prevalente consista na ausência de recursos suficientes para iniciar ou expandir qualquer forma de empreendimento.

“(…) Soto afirma que não espera que todos os informais convertam-se em empresários após a aquisição do título de propriedade, porém se desejarem tornarem-se empreendedores, terão esta oportunidade a partir da posse legal dos ativos dos quais dispuserem. Para Soto (2002), os direitos de propriedade não necessariamente estão vinculados ao lado empreendedor dos informais, podendo ter outras funções: acesso à defesa nos tribunais, garantia para a obtenção de crédito com propósitos não empresariais, como, por exemplo, a compra de uma casa ou o financiamento dos estudos, a possibilidade de ter um endereço onde possa ser legalmente localizado, a facilitação do acesso a serviços públicos básicos como água potável e energia elétrica e a redução na probabilidade de confrontos violentos pela posse dos ativos, haja vista que tais conflitos serão resolvidos pelas cortes” (REGUEIRA, 2007, p. 149).

Feder e Nishio corroboram as conclusões formuladas por Soto, conforme bem apontado por Regueira (2007, p. 156), ao constatarem que o registro de terras rurais provoca a valorização da propriedade, fomenta o investimento, o que, por sua vez, proporciona o aumento da produtividade.

“Ainda que não tenha se reportado ao primeiro livro de Hernando de Soto, o estudo de Feder et al (1988) encontrou uma correlação positiva entre a concessão de títulos de propriedade e melhoria no acesso ao crédito em áreas rurais na Tailândia. Neste país, os fazendeiros que possuíam suas terras legalmente registradas realizavam maiores investimentos e obtiveram uma maior produção do que os fazendeiros que não possuíam títulos de propriedade.

Feder e Nishio (1998) revisaram a literatura sobre o tema e constataram que o registro de terras provocava os seguintes resultados: valores mais al-

tos para as terras no Brasil, Honduras, Tailândia, Filipinas, Peru e Indonésia; maiores investimentos na terra no Brasil, Honduras, Costa Rica, Jamaica e Gana; e aumento da produção e da renda no Brasil, Costa Rica, Equador e Paraguai. Entretanto, estes mesmos autores citam casos de estudos empíricos em que a regularização das terras em áreas rurais não provocou elevação nos investimentos e na produtividade, como ocorreu no Quênia (MICHOT-ADHOLLA et al, 1001 e CARTER et al, 1994), Ruanda (ROTH et al, 1994) e Somália (PLACE; MIGHOT-ADHOLLA, 1998)” (REGUEIRA, 2007, p. 156).

Marcuse (apud REGUEIRA, 2007, p. 157) questiona o valor atribuído por Soto aos imóveis dos informais. Para o autor, a avaliação dos imóveis somente seria possível a partir do momento em que os imóveis estivessem regularizados, não podendo ser feita de forma antecipada, uma vez que, não existindo a possibilidade de se contrair empréstimos utilizando tais ativos como garantias não se mostra possível estimar o valor dos mesmos.

Por sua vez, conforme evidencia Regueira (2007, p. 160):

“Marcuse (2004, p. 46-47) ainda critica o fato de pessoas de baixa renda arriarem suas residências em troca de financiamento (...).

As pessoas devem ser capazes de conseguir empregos, ainda que na economia informal, que lhes permitam pagar tanto os aluguéis como os financiamentos obtidos por meio da hipoteca da residência. Sem essa condição, tanto o mercado de locação de imóveis como o de financiamento para as pessoas de baixa renda não funcionará de forma eficiente, o que permite disponibilizar crédito em maior volume e com taxas mais baixas.”

De qualquer forma, é importante considerar que os valores impregnados nas construções existentes dentro de cada nação representam muito em termos de *recursos* de que o país precisa para conquistar o desenvolvimento econômico, para impulsionar a economia local, para aumentar a produtividade, para fomentar a poupança e o investimento, enfim para provocar o aumento da disponibilidade de capital dentro do território nacional.

Contudo, a transformação do imóvel para a geração de capital pressupõe a regularização da propriedade imobiliária. Somente com a representação da propriedade em um título formal pode-se usufruir do potencial econômico do bem, possibilitando-se a circulação do ativo como bem fungível dentro do mercado de capitais. Portanto, a regularização da propriedade imobiliária é o elemento chave para geração de capital.

Sem a *propriedade formal*, os valores impregnados nas construções constituem-se em *capital morto*, incapazes de produzir valores adicionais. São valores que refletem consideráveis quantias, acumuladas pela população, destinadas

unicamente à habitação, utilizados para o fim único de moradia, perdendo toda a sua potencialidade econômica de produzir capital.

Há que se explorar o potencial econômico dos valores atualmente impregnados nas construções. Deve-se descobrir a sua capacidade de produzir capital. São quantias relevantes, suficientes para fomentar o desenvolvimento econômico de uma determinada nação. A potencialidade econômica das construções habitacionais não pode ficar aniquilada pela falta de regularização.

Cabe ao ordenamento jurídico a criação de mecanismos eficazes para transformar o ativo imobiliário em capital. A formalização do direito de propriedade é o meio adequado para o fim cominado, proporcionando a circulação do ativo dentro do mercado de capitais, capacitando-o a produzir capital. A propriedade formal alimenta o mercado financeiro, atrai o investimento de capitais, provocando com isso a geração de mais capital. É um dos fatores determinantes para o processo de desenvolvimento de uma nação.

Por derradeiro, é salutar consignar que a propriedade formal não gera efeitos somente no mercado de crédito, permitindo ainda o aumento na oferta de trabalho, porquanto as pessoas não precisam ficar tanto tempo em casa para manter e proteger seus direitos possessórios, evitando também o desperdício de tempo com a participação em grupos comunitários ou providenciando documentos com reivindicações para alcançar os títulos de propriedade, conforme evidencia Field (apud REGUEIRA, 2007, p. 151).

6. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SEUS INSTRUMENTOS DE TUTELA

6.1 *A ilegalidade na divisão e na ocupação do espaço territorial urbano*

O intenso processo de urbanização havido após a década de 30, corroborado pela precariedade de políticas públicas voltadas ao setor habitacional, são apontados como os principais fatores do surgimento do problema que abrange a ilegalidade da divisão e ocupação do solo urbano na atualidade, que se caracteriza por um elevado índice de informalidade, em que centenas de milhares de pessoas encontram-se privadas de condições dignas de moradia, nas favelas, cortiços, loteamentos clandestinos e irregulares, problema que atinge boa parte dos municípios brasileiros, comprometendo o exercício do direito à moradia e à urbanização.

Ocorre que, no transcorrer do processo de industrialização, a população pobre que se dirigiu às cidades, na busca do pleno emprego e de melhores condições de vida, acabou excluída dos grandes centros urbanos, supervalorizados pelas obras de infraestrutura realizadas pelo Poder Público em prol da

classe econômica dominante, sendo forçada a encontrar meios alternativos de moradia, nos subúrbios e periferias das metrópoles.

De certa forma, o Poder Público contribuiu para a exclusão social e territorial havida em desfavor pela população de baixa renda, uma vez que, focando os seus investimentos na construção da infraestrutura necessária para a promoção da industrialização, acabava atendendo apenas ao interesse da classe econômica, comportamento que revela o clientelismo e a natureza paternalista das medidas administrativas adotadas em tempos passados, com resquícios avassaladores até a atualidade.

Oportuno de nota, que a existência de uma legislação arcaica, sobreposta em ideais individualistas, que desconsiderava qualquer atributo social à propriedade privada, dificultava o processo de regularização, além de torná-lo extremamente caro e moroso, inviabilizando a formação legal das cidades. Cite-se como exemplo o Código Civil de 1916 (já revogado), de natureza essencialmente privatista, a Lei 6.766/1979, estabelecendo exigências excessivas e burocráticas para o parcelamento do solo urbano, e a própria Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), elencando normas e princípios reguladores do instituto do registro de imóveis.

Os fatores determinantes da informalidade são brevemente apontados por Turra (2006, p. 33), nos termos:

“A história das favelas no Brasil tem sua origem no processo de industrialização, e conseqüente urbanização, iniciado a partir da década de 1930. Desde então, vem ocorrendo um crescimento acelerado e desordenado das cidades, aliado a um intenso processo de especulação imobiliária e aumento do valor do solo urbano. A solução para a população de baixa renda, que não tem acesso ao mercado formal imobiliário, é a construção de habitações informais, que não seguem previsões legais e não se baseiam em um título de propriedade. É a favela como solução para o problema da moradia. São estes assentamentos marcados pela degradação das construções e pela falta de infraestrutura urbana.

A informalidade de construção desses assentamentos irregulares é conseqüência, dentre outros fatores, de uma legislação restritiva à implementação de empreendimentos habitacionais voltados às famílias de baixa renda, e da falta de planejamento urbano e habitacional que responda convenientemente às necessidades da população.”

Destacando o papel da *ordem jurídica* na produção da ilegalidade territorial urbana, esclarece Fernandes (2007, p. 20):

“Em especial, o papel da ordem jurídica na produção da informalidade urbana precisa ser mais bem compreendido. Por um lado, a definição doutrinária

e a interpretação jurisprudencial dominantes do direito de propriedade imobiliária de maneira individualista, sem preocupação com a materialização do princípio constitucional da função social da propriedade, têm permitido que o padrão do processo de crescimento urbano seja essencialmente especulativo, determinando os sistemas combinados de segregação socioespacial e segregação socioambiental. Por outro lado, tanto a ausência de leis urbanísticas municipais, quanto a aprovação pelos municípios de uma legislação urbanística elitista, baseada em critérios técnicos irrealistas e sem considerar os impactos socioeconômicos das normas urbanísticas e das regras de construção, também têm tido um papel fundamental na determinação dos preços da terra urbana, bem como na dinâmica segregadora do mercado imobiliário.”

Desse emaranhado de fatores, eclodiu o colapso da irregularidade fundiária urbana existente na atualidade, em que centenas de milhares de pessoas, excluídas dos centros urbanos, dada a sua incapacidade econômica de adquirir a moradia formal, encontram-se residindo em favelas, cortiços, loteamentos irregulares e clandestinos, circunstância que causa vários problemas de ordem social, econômica, política e ambiental, não atingindo somente a comunidade periférica, mas a sociedade como um todo.

Basta lembrar do elevado índice de violência e criminalidade que existe nas grandes cidades, que assola a população de um modo em geral, sem a distinção de origem ou classe social, sob o comando do poder do narcotráfico situado nas favelas, que chega ao extremo de formar um poder paralelo ao próprio aparato estatal.

Da mesma forma, os imóveis situados nas proximidades das favelas são de difícil comercialização, gerando impactos negativos à ordem econômica, por sua intensa desvalorização, fator que compromete o regular desempenho do mercado imobiliário, prejudicando o fluxo de capitais na sociedade de produção e consumo.

Mais graves são os problemas enfrentados pela população que habita as favelas, taxada pelo estigma de “criminososa” pelo restante da sociedade, estereótipo criado que compromete, em muitos casos, a consecução de emprego e de crédito formal junto ao mercado financeiro, pelo simples fato de a pessoa *residir na favela*. O acesso à saúde, ao transporte público, à segurança, à educação, o risco de incêndio a barracos e desmoronamento, são outros males suportados pela população. “Paradoxalmente, os custos da vida cotidiana nos assentamentos informais são mais elevados do que nas áreas formais”, circunstância que exacerba pobreza da nação (SMOLKA, 2006, p. 266-167).

A irregularidade na divisão e ocupação do solo urbano ainda provoca prejuízo ao tráfego intenso de veículos nas grandes cidades, naquelas localidades em

que, não se reservando espaços adequados para a construção dos arruamentos, a população se depara com constantes congestionamentos em horários de *pico*, fator que prejudica a economia como um todo.

Dessa forma, cumpre reconhecer que a irregularidade fundiária contribui para o agravamento do problema da *pobreza* suportado pela população nacional e mesmo mundial, mostrando-se imperativa a adoção de políticas públicas voltadas ao setor habitacional, para a promoção da regularidade territorial, mediante a cooperação de todas as esferas de governo, associações de classe, órgãos representativos de moradores, e da sociedade em geral.

6.2 *Os índices da informalidade*

O problema da irregularidade fundiária possui abrangência mundial, atingindo principalmente os países pobres e em desenvolvimento. O conhecimento dos índices da informalidade é medida salutar para o dimensionamento da questão, contribuindo para o direcionamento de políticas públicas voltados ao setor habitacional. Conforme elucida Fernandes (2006a, p. 174): “entre 40% e 70% da população urbana nas grandes cidades dos países em desenvolvimento está vivendo ilegalmente, sendo que tais índices chegam a 80% em alguns casos”. Com relação ao Brasil, refere o autor: “dados recentes dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro têm reconhecido que pelo menos 50% da sua população vive ilegalmente”, conforme dados apresentados na coletânea “Illegal cities – Law and urban change in developing countries”, organizada em parceria com Ann Varley.

Na mesma linha, revela pesquisa publicada por Nora Clichevsky, na obra *Pobreza y acceso al suelo urbano. Algunas interrogantes sobre las políticas de regularización em América Latina* (apud OSÓRIO, 2006, p. 25), que em cidades como Belo Horizonte e Rio de Janeiro (1.400.000 habitantes), cerca de 20% da população reside em favelas; em São Paulo (3.400.000 a 3.740.000 habitantes), Salvador e Fortaleza, a população habitante de favelas varia entre 20% a 22%, o que revela a expressividade da informalidade nas principais capitais brasileiras.

Segundo elucida Fernandes (2006b, p. 311): “de acordo com pesquisas do IBGE (2000), as favelas estão presentes também em 80% das cidades médias entre 100 e 500 mil habitantes, e em 45% daquelas entre 20 e 100 mil habitantes. Os assentamentos irregulares ou ilegais estão presentes até em pequenas cidades – 36% das cidades com menos de 20 mil habitantes têm loteamentos irregulares e 20% delas têm favelas”.

Recente trabalho desenvolvido pelo Centro de Estudos da Metrópole/Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEM/Cebrap), para a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, no âmbito do Projeto PNUD BRA/00/19 – “Apoio à implementação do Programa Habitar Brasil-BID”, demonstra o resultado relativo ao cálculo de estimativas e cartografias de *assentamentos precários* em nível intraurbano, tendo utilizado como base de dados as informações dos setores subnormais do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicado em 2000.

O *setor especial de aglomerado subnormal* é definido pelo IBGE como: “o conjunto constituído por um mínimo de 51 domicílios, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular), dispostos, em geral, de forma desordenada e densa, e carentes, em sua maioria, de serviços públicos essenciais” (SECRETARIA NACIONAL DE HABITAÇÃO/MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 15).

Sobre a tipificação do *setor subnormal*, pondera Ferreira (2008, p. 127) que: “o IBGE define esses setores como marcados por precariedade habitacional e de infraestrutura, alta densidade e ocupação de terrenos alheios”.

Partindo da divisão cadastral realizada pelo IBGE, entre *setor censitário urbano ou rural de extensão urbana do tipo não especial* (NE) e *aglomerado subnormal* (AS), para dimensionar o segmento *setor precário* no Brasil, “buscou-se identificar entre aqueles setores classificados como NE os que mais se assemelhavam aos do tipo subnormal, segundo variáveis socioeconômicas, demográficas e de características habitacionais” (SECRETARIA NACIONAL DE HABITAÇÃO/MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 18-19).

Como bem ressalta a Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades (2007, p. 11), “a questão da habitação precária envolve diversas situações distintas, como favelas, loteamentos clandestinos e/ou irregulares e cortiços, marcadas também por intensa heterogeneidade interna”, em face do que, “a determinação do tipo de problema presente depende de vistorias de campo e, ao menos no caso da questão fundiária, de acesso a documentos cadastrais”.

O resultado da pesquisa restou bem caracterizado na tabela abaixo, que demonstra a existência de precariedade habitacional em praticamente todas as regiões do território nacional, problema que se revelou mais acentuado na Região Metropolitana de Belém (51,3% das pessoas vivendo em habitações precárias), ficando para a Região Sul os menores índices de informalidade (7,9%).

*Proporção de setores, domicílios e pessoas
em setores subnormais e precários por região (%)*

Região	Setores			Domicílios			Pessoas		
	AS	AP	AS+AP	AS	AP	AS+AP	AS	AP	AS+AP
Região Norte	15,0	14,3	29,3	15,4	13,7	29,1	15,8	13,8	29,7
RM de Belém	31,6	17,7	49,3	32,0	18,0	50,0	33,0	18,3	51,3
Demais Municípios	6,5	12,5	19,0	5,8	11,3	17,1	5,9	11,3	17,2
Região Nordeste	8,0	10,9	18,9	7,0	10,1	17,1	7,2	10,4	17,6
RM de Maceió	8,0	4,9	12,9	4,4	3,8	8,2	4,5	4,0	8,4
RM de Salvador	7,8	14,4	22,2	8,3	14,7	23,1	8,6	15,4	24,0
RM de Fortaleza	14,3	13,8	28,1	12,1	12,2	24,3	12,6	12,8	25,3
RM de São Luís	7,5	19,6	27,1	8,0	19,7	27,7	8,1	19,8	27,9
RM de Recife	7,5	9,6	17,1	6,9	9,4	16,3	7,0	9,7	16,7
Demais Municípios Nordeste – Litoral	4,8	8,6	13,4	4,3	7,8	12,1	4,4	7,9	12,3
Demais Municípios Nordeste – Interior	5,7	7,2	12,9	4,3	5,9	10,2	4,4	6,1	10,5
Região Centro-Oeste e Sudeste	7,7	5,6	13,3	6,8	5,2	12,0	7,4	5,6	13,0
Distrito Federal e RM de Goiânia	1,6	1,6	3,2	1,2	1,4	2,7	1,3	1,5	2,8
RM de BH e Colar Metro- politano	9,8	9,5	19,3	8,5	8,5	17,0	9,2	9,1	18,3
RM do Rio de Janeiro	11,3	9,0	20,4	10,9	8,8	19,6	11,6	9,4	21,0
RM de São Paulo	9,7	5,2	14,8	8,4	5,0	13,4	9,5	5,5	15,0
RM de Campinas	6,9	4,3	11,2	5,4	3,4	8,8	6,2	3,7	9,9
RM da Baixada Santista	9,8	3,7	13,5	11,6	4,8	16,3	13,0	5,2	18,1
Demais Municípios de MG e Centro-Oeste	1,5	5,0	6,5	1,2	4,0	5,2	1,3	4,3	5,7
Demais Municípios do RJ e ES	5,8	3,9	9,7	3,9	3,2	7,0	4,1	3,3	7,4
Demais Municípios de SP	1,4	1,4	2,8	1,0	1,3	2,3	1,2	1,4	2,6
Região Sul	4,0	5,0	9,0	2,9	4,2	7,2	3,3	4,6	7,9
RM de Curitiba	8,6	6,5	15,1	5,9	5,6	11,5	6,6	6,0	12,7
RM de Porto Alegre	5,7	5,4	11,1	5,0	5,3	10,3	5,8	6,0	11,8
Demais Municípios do Sul	0,8	4,1	4,9	0,5	3,1	3,7	0,6	3,3	3,9
Total	7,5	6,7	14,3	6,6	6,3	13,0	7,2	6,9	14,1

Fonte: Elaboração CEM/Cebrap a partir do Censo Demográfico IBGE (2000) (SECRETARIA NACIONAL DE HABITAÇÃO/MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 44).

Sobre a pesquisa realizada, a partir dos dados levantados pelo Centro de Estudos da Metrópole/Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEM/Cebrap), conclui a Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades (2007, p. 315):

“(...) cabe lembrar que a incidência do problema variava muito em termos absolutos e relativos segundo os municípios, e mesmo entre as grandes regiões do país. Considerando alguns dos casos de maior destaque, temos que a Região Norte apresentava um dos mais elevados números e as maiores proporções de assentamentos precários, com 326.727 domicílios ou 29,1% do total de domicílios, e 1.423.850 pessoas ou 29,7% da população, nessa situação. Belém, a capital metropolitana do Pará, contava com cerca da metade de seus domicílios – 146.359 ou 49,69% – e a maior parte de sua população – 652.954 ou 51,49% – em assentamentos precários. Mas é na Região Sudeste que o fenômeno mais se concentrava numericamente, embora as proporções fossem em alguns casos menores. Apenas as Regiões Metropolitanas do Rio de Janeiro e de São Paulo somavam 1.292.667 domicílios ou, em média, 16,5% dos domicílios, e 4.860.499 pessoas ou, em média, 18% da população, em áreas precárias. A capital metropolitana do Rio de Janeiro tinha 392.405 ou 21,78% dos domicílios em assentamentos precários, assim como 1.390.075 pessoas ou 23,95% da população nessa situação. Já na capital metropolitana de São Paulo, 370.956 domicílios e 1.459.648 pessoas encontravam-se em assentamentos precários, o que representava em termos proporcionais, 12,55% e 14,29%, respectivamente.”

Em outro estudo, constatou-se um crescimento acentuado no número de favelas existentes no país, conforme enfatiza Pasternak (2008, p. 97):

“Pelas informações do IBGE, o Brasil terminou o século XX com 3.905 favelas espalhadas pelo país. Um aumento de 717 (ou 22,5%) desde o Censo de 1991 e de 557 (16,6%) desde a contagem de 1996 (3.348 favelas). Os domicílios favelados (nos assentamentos subnormais) no Brasil seriam de 1.650.548. As taxas de crescimento dos domicílios favelados superam, e muito, as taxas totais de crescimento domiciliar: entre 1980 e 1991, o crescimento de domicílios favelados foi de 7,65% anuais, e entre 1991 e 2000, de 4,18% ao ano.”

De acordo com a referida autora: “o Perfil Municipal de 2001 indicou que 9,1% dos municípios brasileiros apresentam cortiços, 32,1% favelas, 24,4% têm problemas com loteamentos clandestinos e 36,8% com loteamentos irregulares. Para a região Sudeste, quase 12% das cidades apresentam cortiços, 30% têm loteamentos clandestinos e 45%, loteamentos irregulares” (PASTERNAK, 2008, p. 99).

A situação pontual de algumas cidades brasileiras merece ser evidenciada. A situação de Recife é caótica: segundo dados do censo de 1991, menos de 1/3

da cidade é saneada e cerca de 35% da população está abaixo da linha de pobreza. “A capital pernambucana tem aproximadamente 50% da sua população morando nas mais de 500 favelas que ocupam menos de 15% do seu território” (VIEIRA, 2006, p. 114-115). O mesmo problema é verificado em Maceió, com população de 796 mil habitantes (IBGE-2001), que possui cerca de 100 mil habitantes residindo nos mais de 190 assentamentos informais existentes na cidade (SOUZA, 2006, p. 142-143).

Também pode ser destacado o caso de Fortaleza, que “possui uma área de 336 km² e encontra-se bastante urbanizada com uma população de 2.141.402 habitantes (FUNDAÇÃO IBGE, 2000), distribuídas em 114 bairros, onde se localizam mais de 600 favelas e 105 áreas de risco”. Além disso, “85% (oitenta e cinco por cento) dos domicílios urbanos não têm acesso ao sistema de abastecimento de água potável e quase 50% (cinquenta por cento) não estão ligados às redes coletoras de esgotamento sanitário” (site do Ministério das Cidades). Da população geral, “pelo menos 37,41% (trinta e sete vírgula quarenta e um por cento) das famílias vivem abaixo da linha de pobreza (*Jornal O Povo*, 02.01.2002 – Fortaleza) e cerca de 700 mil pessoas moram em favelas (*Jornal O Povo*, 08.08.2004 – Fortaleza)”, consoante observa Abreu Neto (*sine data*, p. 1-2).

Pesquisas realizadas em alguns municípios brasileiros demonstram com mais precisão a dimensão do problema da irregularidade fundiária em âmbito local, apresentando índices bem maiores que as *estatísticas* elaboradas pela Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades (2007), circunstância que revela que a informalidade existente no país pode ser mais grave do que se possa imaginar.

Nesse sentido, por ocasião lançamento da “campanha nacional sobre regularização fundiária urbana”, iniciada em 19.05.2010, a Associação Nacional dos Defensores Públicos – Anadep (2010) informou que, segundo estimativas da prefeitura local, a cidade de Mossoró/RN, possui cerca de 75% de habitações irregulares, conforme segue:

“Os defensores públicos de 22 Estados e do Distrito Federal deram início na quarta-feira, 19, a uma campanha nacional sobre regularização fundiária urbana. A data também marca o Dia Nacional da Defensoria Pública e será comemorada com um mutirão para atendimento da população e a distribuição de uma cartilha sobre o direito à moradia nas cidades (...).

Nesse contexto, é possível encontrar a necessidade de melhorias no setor de habitação em Mossoró, onde a Prefeitura estima que cerca de 75% das habitações estejam com sua situação irregular. Um levantamento feito pela Gerência de Urbanismo apontou que das mais de 100 mil casas do município, pouco mais de 25% estavam regularizadas. ‘Esses dados foram feitos em 2005

e somente entre 23 e 25 mil residências tinham a sua situação regular. Acreditamos que esse número vem aumentando', diz o gerente de Desenvolvimento Urbanístico (...).

Estimativas do Ministério das Cidades calculam a existência de mais de 13 milhões de domicílios no Brasil em situação irregular, sem registro, sem projeto urbanístico e sem acesso a serviços básicos como água tratada, saneamento, coleta de lixo e/ou fornecimento de luz, como ocorre em favelas, assentamentos informais, cortiços e conjuntos habitacionais não regularizados.”

No mesmo sentido, o Instituto de Terras do Estado de Mato Grosso – Inter-mat (2010), por ocasião da *audiência pública sobre regularização fundiária em Várzea Grande*, realizada na Câmara Municipal do município, noticiou que: “há estimativa que 76% da área urbana de Várzea Grande está irregular”, sendo que, em “cerca de 95% destes casos, as ocupações são em áreas particulares”.

Ademais, conforme *notícia* veiculada pelo Ministério Público do Estado de Goiás (2010), dos 550 mil imóveis de Goiânia, pelo menos 70 mil estão em situação irregular, havendo cerca de 89 loteamentos irregulares e clandestinos na cidade, construções ilegais em áreas de preservação ambiental, bem como invasões, tanto nas regiões centrais como nos bairros, como ocorre com o Leste Universitário e o Pedro Ludovico Teixeira, ambos com áreas sem escritura de imóveis.

Por derradeiro, preleciona Celso Carvalho (2007, p. 13), Diretor de Assuntos Fundiários Urbanos da Secretaria Nacional de Programas Urbanos/Ministério das Cidades, que: “as cidades brasileiras são fortemente marcadas pela presença dos assentamentos informais, vilas, loteamentos clandestinos e favelas, que se constituem em espaços irregulares, vulneráveis e inseguros onde vive grande parte da população”. Relativamente ao dimensionamento da informalidade, refere o autor que: “estimativas realizadas pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos (SNPU) indicam que mais de 12 milhões de domicílios urbanos ocupados por população de baixa renda são irregulares”.

6.3 *Da regularização fundiária e seus instrumentos de tutela*

Ao longo dos últimos 20 anos, uma significativa corrente de pesquisa acadêmica e institucional avalia, constantemente, os principais problemas dos programas de regularização. “Em 1999, o Programa Habitat, da Organização das Nações Unidas (ONU) lançou a importante Campanha Global pela Segurança da Posse” (FERNANDES, 2007, p. 22).

Na lição de Salles (2007, p. 144), na esteira da Constituição Federal de 1988, os *princípios fundamentais* constituem-se nos primeiros alicerces da regularização fundiária:

“Os primeiros alicerces jurídicos da regularização fundiária encontram-se destacados no bojo dos ‘princípios fundamentais’.

O expresso compromisso da Nação com a adoção de políticas voltadas à ‘erradicação da pobreza, da marginalidade, com a redução das desigualdades sociais’ (art. 3.º, III); com a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I); e com o compromisso de promover o bem de todos, garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3.º, IV e II), sinaliza para a importância da reorganização das cidades, pela conquista do indispensável equilíbrio de forças, com respeito a todos e em especial às classes mais carentes e desprotegidas.”

Nesse quadro, rompendo com o dogma absoluto e indevassável do direito individual de propriedade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da *função social da propriedade* (art. 5.º, XXIII, da CF/1988).

Reservou aos municípios a competência de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da CF/1988), observando o interesse preponderante local da regularização.

Relacionou a *propriedade privada* e a *função social da propriedade* como princípios gerais da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III, da CF/1988).

No capítulo da *política urbana* (art. 182 da CF/1988), prescreveu que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Prescreveu que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, na condição de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988).

Consoante leciona Fernandes (1998, p. 203):

“Três pontos principais desse capítulo merecem ser destacados. Em primeiro lugar, a Constituição atribuiu às autoridades públicas locais a faculdade de promulgar leis que disciplinem o uso e desenvolvimento do solo urbano, com o objetivo de garantir o ‘desenvolvimento total das funções sociais da cidade’, e o ‘bem-estar de seus habitantes’ (art. 182). Além disso, as cidades com mais de 20.000 habitantes estão na verdade obrigadas a aprovar uma lei do Plano Diretor, que é considerado como o ‘instrumento básico para a política de desenvolvimento e expansão urbana’ (§ 1.º).

Em segundo lugar, o direito a propriedade privada foi novamente reconhecido como um princípio básico da ordem econômica, sempre e quando cumprir uma função social de acordo com os 'ditados de justiça social' (art. 5.º, XXII, XXIII e art. 170, II, III). Entretanto, afirmou-se que a propriedade urbana somente cumpre sua função quando atende os 'requisitos fundamentais de ordenamento da cidade expressos no Plano Diretor' (art. 182, § 2.º).

Em terceiro lugar, foi aprovado o direito de usucapião nas áreas urbanas privadas de até 250m², depois de apenas cinco anos de posse pacífica (art. 183).

Estes três pontos principais certamente constituíram um novo marco para o direito urbanístico brasileiro.”

No contexto desse novo marco institucional e legislativo, é publicado o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), estabelecendo que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art. 2.º, *caput*, da Lei 10.257/2001), arrolando, como diretrizes gerais, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (art. 2.º, XIV, da Lei 10.257/2001).

Na mesma linha, prescreveu-se que o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, deve ser executado de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2.º, IV, da Lei 10.257/2001).

Determinou-se também a ordenação e o controle do uso do solo, de forma a evitar o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivo ou inadequados em relação à infraestrutura urbana (art. 2.º, VI, *c*, da Lei 10.257/2001), garantindo o direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2.º, I, da Lei 10.257/2001).

Conforme se percebe, a regularização fundiária caracteriza-se como uma diretriz geral a ser implementada pelas políticas público-urbanas, estando amparada no princípio da função social da propriedade, devendo ser executada como um importante mecanismo garantidor do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar da população, assegurando a ordenação do espaço territorial urbano, mediante a proteção jurídica da posse, o reconhecimento do direito de propriedade, e a plena urbanização.

Alfonsin (2007, p. 78) define *regularização fundiária* nos seguintes termos:

“Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder Público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto.”

A regularização fundiária vem caracterizada no Estatuto da Cidade como um conjunto de medidas destinadas a legalizar a divisão e a ocupação do solo urbano, em prol de seus legítimos possuidores, viabilizando o acesso aos equipamentos urbanísticos de infraestrutura básica, necessários para garantir condições dignas de vida à população.

Destacando os *atributos sociais e econômicos da regularização fundiária*, pondera Salles (2007, p. 131, 134 e 136):

“A regularização fundiária, que corresponde a uma das vias iniciais para a organização das cidades, é direcionada à transformação da ‘propriedade ou posse irregular’ em propriedade regular. Isso requer a conquista de todos os atributos legais inerentes ao seu melhor *uso*, mais adequada *fruição*, em razão da urbanização, e a mais completa utilização social e financeira, em decorrência da titulação dominial (...).

Regularizar a cidade, entre outras atribuições, é conferir propriedade a quem possa ostentar esse direito e urbanizar as áreas regularizadas, dotando-as dos equipamentos públicos indispensáveis e suficientes para o suporte à população (...).

A disseminação de títulos dominiais pode permitir, ainda, a criação de um salutar suporte financeiro para a população agraciada com o benefício do domínio, como ocorre nos países mais desenvolvidos, que possuem linhas de crédito atrativas, escudadas em garantias hipotecárias, que muito podem contribuir para a melhoria da condição de vida da população, conferindo perspectiva de progresso e acesso a uma camada populacional até então excluída e despreparada para a evolução social.”

Importante de nota, que a plena regularização não pressupõe apenas a *legalização de lotes*, dependendo da implementação de políticas econômico-sociais destinadas a melhorar as condições de vida da população, necessárias para proporcionar emprego e renda na comunidade, fomentando a livre iniciativa e o acesso ao crédito formal, erradicando a pobreza e a marginalização, assegurando, assim, a integração socioespacial dos assentamentos informais, como

condição necessária para o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade da nação.

Nesse sentido, assevera Fernandes (2007, p. 25-26):

“Quanto à dimensão da legalização fundiária, tais programas devem ter por objetivo não apenas o reconhecimento da segurança individual da posse para os ocupantes, mas principalmente a integração socioespacial dos assentamentos informais. Isso significa que a identificação dos direitos a serem reconhecidos aos ocupantes deve refletir esse objetivo principal, bem como a necessidade de se compatibilizarem objetivos, estratégias e instrumentos (...).

É preciso ainda salientar que os programas de regularização propostos por diversas agências internacionais têm a finalidade de promover a erradicação da pobreza urbana. Porém, as experiências brasileiras e internacionais têm mostrado que, para terem impacto efetivo sobre a pobreza social, os programas de regularização precisam ser formulados em sintonia com outras estratégias socioeconômicas e político-institucionais, especificamente voltadas para a erradicação da pobreza, sobretudo pela criação de emprego e renda.

Acima de tudo, para serem bem sucedidos, tais programas de regularização precisam ser combinados e apoiados por um conjunto de processos e mecanismos de várias ordens: financeira, institucional, planejamento urbano, políticas de gênero, administração e gestão fundiária, sistemas de informação, outros instrumentos jurídicos, processos políticos e de mobilização social.

Dentre os processos financeiros que são considerados no Brasil e internacionalmente, para dar o devido suporte aos programas de regularização, devem ser mencionados a criação de fundos (para os pobres e de caráter comunitários), empréstimos (esquemas de orientação social), programas de hipoteca comunitária, incentivos ao setor privado, bem como mecanismos de reforma do sistema bancário e financeiro, sobretudo de forma a garantir melhores condições de acesso ao crédito formal.”

Relatando os *aspectos pluridimensionais* do processo de regularização fundiária, acentua Alfonsin (2007, p. 79):

“Ousando um pouco mais, podemos ler a definição acima expressa, dizendo que os processos de regularização fundiária são *pluridimensionais* e têm uma preocupação tripartite:

A – a questão da legalização da posse exercida com fins de moradia, por meio da titulação e do registro imobiliário, é o primeiro aspecto e está claramente centrada na ampliação do marco legal do direito de morar, para uma população antes ameaçada no exercício desse direito;

B – a segunda questão diz respeito à melhoria do ambiente urbano do assentamento, e, portanto, encerra uma preocupação com a sustentabilidade tanto

do assentamento humano enquanto realidade territorial quanto das práticas sociais ali desenvolvidas;

C – por fim, existe uma terceira preocupação com o resgate ético que a cidade tem de fazer, por meio das políticas urbanas que implementa, da condição cidadã das pessoas que moravam de forma, antes, segregada social e espacialmente; portanto, apartadas do conjunto de bens materiais e simbólicos oferecidos/produzidos pela urbe.”

Como bem resume Inês Magalhães, Secretária Nacional de Habitação, na apresentação da obra intitulada *Política habitacional e a integração urbana de assentamentos precários: parâmetros conceituais, técnicos e metodológicos*, publicada pela Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades (2008, p. 7): “a necessidade de construção de uma política habitacional com foco na integração urbana de assentamentos precários, especialmente na garantia do acesso ao saneamento básico, à regularização fundiária e à moradia adequada, articulada a outras políticas sociais e de desenvolvimento econômico, é essencial na implementação de qualquer estratégia de combate à pobreza e perspectiva de sustentabilidade urbana”.

Como se percebe, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade, acompanhados por esparsa legislação, reformularam a concepção que definia a *propriedade privada*, atribuindo aspectos sociais à sua definição, criando mecanismos propícios à regularização fundiária, visando promover, assim, o desenvolvimento econômico e o bem-estar da população.

Dentre os institutos previstos no Estatuto da Cidade em prol da adequada *ordenação do espaço territorial urbano*, destaca-se a usucapião especial urbana, a usucapião coletiva, a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, a regularização fundiária, as Zonas Especiais de Interesse Social – Zeis, e mais recentemente, com a publicação da Lei 11.977/2009 – PMCMV, a demarcação urbanística e a legitimação de posse (art. 4.º, V e alíneas, da Lei 10.257/2011, mecanismos que serão analisados individualmente, permitindo-se, assim, a sua perfeita caracterização.

7. O REGISTRO DE IMÓVEIS COMO MECANISMO PROPULSOR DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

7.1 A função econômica do registro de imóveis

Como bem assinala González (2002, p. 13): “a existência de instituições que garantam eficaz e eficientemente a segurança das transações é considerada, de forma cada vez mais geral, um requisito essencial para o funcionamento da

vida econômica”. Dessa forma, “a relação existente entre segurança jurídica preventiva, mais precisamente entre o sistema registral e o crescimento econômico, é hoje universalmente reconhecida”.

Na dicção de Calatayud (2006, p. 7): “o reconhecimento e a garantia do direito da propriedade e dos demais direitos reais são condições de possibilidade da liberdade e do desenvolvimento econômico”.

Um eficaz registro de propriedade proporciona a segurança da titularidade e da posse, diminui os custos de transferência de bens e proporciona um mecanismo de baixo custo para resolver eventuais disputas sobre os bens, em vista do que, “um registro da propriedade torna-se fundamental e essencial para o desenvolvimento de uma economia de mercado funcional”, conforme revela o relatório do Banco Mundial de 1996 – *From plan to market, World Development Report* (apud GONZÁLEZ, 2002, p. 13).

Nesse quadro, cumpre reconhecer que a segurança jurídica garantida pelo sistema de registro de propriedades é condição inarredável para o crescimento econômico do país, ao passo que, quanto maior a eficácia do sistema registral, mais elevado será o nível de desenvolvimento da nação.

A vida econômica rege-se pelo intercâmbio, em que as pessoas que fazem parte do mercado transacionam entre si determinados bens de valor, seja para realizar um investimento, seja para satisfazer um interesse pessoal, sempre buscando o menor custo possível, transações estas que viabilizam a reprodução do capital existente na sociedade, por meio do fluxo de bens de capital entre os diversos sujeitos envolvidos na sociedade de produção e consumo.

A consolidação dos direitos reais é condição elementar para o mercado se desenvolver, “posto que os agentes não poderiam intercambiar os bens se não existe uma vinculação entre os titulares e esses bens; sem direitos de propriedade definidos não há mercados eficientes, e sem estes últimos não há crescimento econômico” (CALATAYUD, 2006, p. 7-8).

Nesse processo de circulação de capital, deparam-se os sujeitos com as imperfeições do mercado, consistente na existência de informações assimétricas sobre a situação jurídica e econômica dos bens objeto da transação. Tais imperfeições decorrem do fato de que cada uma das partes envolvidas em uma relação negocial não é titular de conhecimento pleno e exaustivo sobre a situação jurídica e econômica do produto ofertado pela parte adversa.

No setor imobiliário, por exemplo, o comprador de um imóvel irregular, não matriculado, não dispõe de informação precisa sobre a titularidade, o tamanho, a localização exata, a existência de ônus e gravames, do bem oferecido pelo vendedor, o que compromete, acima de tudo, a verificação do potencial

econômico do imóvel, prejudicando, na maior parte das vezes, a concretização do negócio jurídico.

Essa evidência pode ser melhor visualizada em se tratando de negócios jurídicos envolvendo bens móveis (v.g. máquinas agrícolas), caso em que não se dispõe de um eficiente *sistema de registro de propriedades* que assegure a aquisição do eventual comprador, de forma que, operando-se a aquisição de uma máquina agrícola usada (v.g. trator, colheitadeira), o adquirente não dispõe de informações precisas sobre o legítimo proprietário do bem, ficando resguardado unicamente pela palavra do vendedor.

Tantas outras informações poderiam ser omitidas, de suma importância para a realização de um negócio jurídico, cujo desconhecimento poderia causar prejuízo imensurável a qualquer uma das partes envolvidas no negócio, comprometendo o elemento *confiança* que deve pairar no mercado.

Não se possuindo um eficiente sistema de registro de imóveis, que condense na matrícula as informações mais relevantes sobre o imóvel, seria mais ocorrente o problema da assimetria de informações.

Um dos principais efeitos da assimetria de informações, é que, para se garantir uma maior segurança ao negócio jurídico, haveria a necessidade de o comprador realizar uma investigação minuciosa para averiguar a titularidade legítima do bem, bem como a existência de eventuais ônus e obrigações incidentes sobre o mesmo, dentre outros fatores, provocando o aumento dos custos da operação, podendo comprometer, em última escala, a efetivação da transação.

Sobre o assunto, assinala González (2002, p. 17):

“Em tal situação, cada um teria de consagrar muito tempo e esforço para obter informações sobre o estatuto jurídico dos bens que intentasse adquirir e investigar os possíveis ônus ou encargos a que poderiam estar sujeitos e que o vendedor trataria de ocultar – o que se fará, se possível, quando o benefício de tal ocultação for superior ao valor das oportunidades alternativas oferecidas. As incertezas inerentes à dita situação converter-se-iam em uma fonte de custos pessoais que deveriam ser levados em conta pelo comprador. Se a soma de todos esses custos de incerteza – de transação – fosse demasiadamente elevada com relação aos lucros futuros produzidos por uma operação de compra e venda, dita operação não se concretizaria e haveria uma subutilização dos recursos.”

Por esse motivo, fala-se que, além de moroso e custoso, pelo tempo e dinheiro gasto com a busca de informações (imprecisas, diga-se de passagem), é ainda restrito o âmbito de abrangência desse negócio jurídico, geralmente en-

volvendo pessoas conhecidas entre si, pertencentes a uma mesma comunidade, justamente pela insegurança intrínseca à negociação, conforme equaciona González (2007, p. 237):

“Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* –porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como* si ambos tuviesen la misma información–, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extranños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.”

Nos negócios jurídicos imobiliários, o comprador também pode omitir informações privilegiadas que possui em detrimento do vendedor, apresentando, com isso, um comportamento oportunista. É o caso, por exemplo, de o comprador ter conhecimento privilegiado de que, nas proximidades de localização do imóvel, será construído um shopping, uma universidade, ou mesmo que o arruamento será pavimentado, obras que causariam significativa valorização ao bem. Caso o vendedor tivesse pleno conhecimento de tais informações, certamente o negócio jurídico lhe renderia mais frutos, contribuindo ainda mais para eventual investimento futuro.

A assimetria de informações também pode comprometer as operações do mercado financeiro. Suponha-se, por exemplo, que o proprietário, detentor de um título de domínio, ofereça em garantia um determinado imóvel, quando da contratação de um empréstimo, omitindo ao credor, no entanto, informações relevantes sobre o bem, tais como, que o imóvel, embora devidamente matriculado, inexistente como propriedade física (título emitido em duplicidade); que o título representa uma área jamais ocupada pelo devedor, constituindo-se imóvel litigioso em processo de usucapião; que o bem não possui a valoração atribuída pelas partes (área de reserva legal, embora não averbada, representa 80% do imóvel, quando, em realidade, pensava-se que seria de 20%; ou que imóvel encontra-se situado em região montanhosa, mostrando-se inapropriado para o cultivo), circunstâncias que comprometeriam a garantia recebida pela instituição financeira, aumentando o risco de crédito da operação.

Percebe-se que, quanto mais exaustivas forem as informações prestadas às partes, na realização de um negócio jurídico imobiliário, mais justa será a transação, posto que, quando ambas as partes tiverem pleno conhecimento da efetiva potencialidade econômica do bem, tornando possível a verificação de todos os custos de transação, maior será a eficácia do negócio jurídico concretizado, o que viabilizará a adequada circulação de crédito no mercado de capitais.

Da mesma forma, a segurança que decorre do pleno conhecimento da situação jurídica que paira sobre o imóvel, contribui para a agilidade e a eficácia das

transações, já que o pretense comprador (ou credor hipotecário) não precisará despendar tempo e dinheiro com a investigação sobre os atributos do bem, circunstância que favorecerá a reprodução do capital existente na sociedade, pelo incremento do *custo de oportunidade* (o proprietário poderá se utilizar do atributo econômico do imóvel, justamente na ocasião que lhe surgir uma boa oportunidade de investimento).

A existência de informações assimétricas entre as partes figurantes de uma relação negocial, da mesma forma, pode dar ensejo a comportamentos oportunistas por um dos agentes, causando prejuízo ao interesse econômico do outro, dando ensejo ao sentimento de *desconfiança* para o mercado, circunstância que poderia comprometer o bom andamento das relações negociais.

Da *assimetria de informações* decorre a noção de *prêmio de risco*, que consistente na estipulação de um valor que vem agregado ao custo de transação, suficiente para cobrir os eventuais *déficits* que acompanham o negócio jurídico (defeitos e ônus ocultos incidentes sobre o bem; litígios que surgem após a concretização da negociação; eventual descumprimento contratual), prêmio este que se constitui em um desestímulo ao crescimento econômico.

“Estos *costes transaccionales* reflejan las incertidumbres, pues incluyen un premio de riesgo, cuya magnitud traerá consigo la probabilidad de defeción de la otra parte y el coste consiguiente para la primera. Y, a lo largo de la historia, el montante de esa suma ha evitado el intercambio complejo, y, por tanto, ha limitado las posibilidades de crecimiento económico” (GONZÁLEZ, 2007, p. 153-154).

No caso das transações imobiliárias, o registro de imóveis serve como *meccanismo redutor do custo de informações*, em razão de o mesmo ser utilizado como elemento para definição, atribuição e proteção dos direitos de propriedade (GONZÁLEZ, 2002, p. 16), possuindo relevância significativa para o desenvolvimento econômico da nação.

Em outras palavras, pondera González (2007, p. 221-222):

“Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, 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.

Es, además, el que corresponde con una economía de mercado, es decir con una sociedad en la que los principios que gobiernan el mercado se han erigido en los principios básicos de organización económica y social.

Por todo ello, puede sostenerse que –como afirma Paz-Ares– la seguridad del tráfico no es más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al titular el disfrute –la extracción del valor de uso y del valor de cambio– de su derecho.”

No mesmo sentido, acentua Arruñada (2004, p. 140-141):

“A especialização dos recursos produtivos incrementa sua produtividade e é o principal motor do desenvolvimento econômico. Entretanto, a especialização só é útil se os produtores intercambiarem recursos e produtos entre si e com os consumidores. O caráter custoso desses intercâmbios constitui seguramente o freio mais fundamental para a especialização e, conseqüentemente, para o desenvolvimento.

Para reduzir os custos de intercâmbio, empregam-se numerosos mecanismos. Entre eles destacam-se as instituições jurídicas, que tornam possível a existência e a contratação de direitos da propriedade sobre os bens imóveis. A função dessas instituições – fundamentalmente, o direito imobiliário e o registro – é a de proteger os direitos de propriedade e reduzir as assimetrias informativas entre os protagonistas dos intercâmbios.”

Efetivamente, não havendo um eficaz *sistema de registro de imóveis*, as partes envolvidas em uma transação não teriam a informação exata e precisa sobre os atributos jurídicos e econômicos do bem, consistente na titularidade legítima, existência de ônus e obrigações, além de sua dimensão, localização, benfeitorias e outros gravames, correndo o risco de sofrer a evicção.

Por sua vez, cumpre anotar, em uma apertada síntese, os efeitos negativos de um deficitário *registro de imóveis* para o mercado financeiro, sendo causa de descrédito das garantias reais perante as instituições bancárias, comprometendo a concessão de financiamentos a baixo custo, além de gerar, em última escala, a retenção da oferta de crédito no mercado, comprometendo a realização de investimentos no setor produtivo.

Conforme sinala González (2003, p. 136), um dos principais problemas que se estabeleceu na Espanha, assim como em outros países, anteriormente a 1861, era o *crimen stellionatus*, pelo qual o vendedor de um imóvel omitia ao comprador a existência de ônus que incidiam sobre o bem. A insegurança gerada na época pelo sistema se traduzia no incremento de uma série de custos pessoais ao comprador, ao passo que, se a somatória desses custos fosse maior que a utilidade gerada pela aquisição, resultaria rompida a possibilidade da transação, ficando os recursos infrutilizados, bloqueando o mecanismo que faz com que os recursos se dirijam a atividades mais úteis, tornando a economia e a sociedade menos eficazes. Da mesma forma, o agente financeiro não recebia aquela propriedade como uma garantia segura para garantir o paga-

mento de seu crédito, negando-se a fornecê-lo, ou compensando a incerteza com juros exorbitantes.

Por esse motivo, visando à redução da *assimetria de informações*, são criadas instituições jurídicas de formas variadas, tais como o *sistema de registro de imóveis*, que se presta a garantir segurança às operações imobiliárias em geral, por meio da publicidade dos atributos jurídicos e econômicos do imóvel, o que contribui para o aumento da especialização, da divisão do trabalho, do intercâmbio, propiciando crescimento econômico e bem-estar social (GONZÁLEZ, 2002, p. 19).

7.2 A livre transferência e os custos de transação

É de suma relevância a análise de González (2003, p. 151) sobre o instituto da *livre transferência e os custos de transação*. Para o autor, o intercâmbio não existe tanto para realizar a transferência de bens, mas precipuamente para permitir a transferência de direitos para fazer coisas com os bens intercambiáveis.

Segundo refere o autor, a escassez de recursos delinea dois problemas analiticamente distintos. O primeiro é fazer com que a pessoa, detentora de um recurso, consagre o máximo esforço pessoal para explorá-lo e administrá-lo, levando em conta sua capacidade e aptidões pessoais. O segundo, conseguir que o controle dos recursos se oriente de modo preferencial, aos que estão em condições de fazer um melhor uso deles.

Por esse motivo, surge a necessidade da criação de um mecanismo que permita a constante redestinação dos direitos de propriedade, operado pela *livre transferência dos direitos de propriedade e de seus atributos*, de forma que a pessoa titular de um determinado bem, possa livremente, se assim o entender, desfazer-se do mesmo, ou oferecê-lo em garantia de um empréstimo, caso pretenda aplicar o recurso originado da transação em uma atividade de que possui maior especialidade, visando, com isso, a obtenção de frutos mais rentáveis.

É o caso, por exemplo, do engenheiro civil que adquire por herança uma fazenda, o qual, por não possuir qualquer afinidade com a plantação e comercialização de grãos, decide vender o imóvel para um agricultor, aplicando os recursos decorrentes da alienação no ramo da construção civil. Na situação epigrafada, a exploração da atividade agrícola por uma pessoa sem experiência na área poderia comprometer o uso efetivo do solo, ao passo que, os valores decorrentes da alienação do imóvel, que foram redirecionados para a construção civil, possibilitou uma maior eficácia na exploração e na administração do recurso, tanto pelo engenheiro, como pelo agricultor, mediante a concentração da propriedade na pessoa que melhor se mostrava capacitada para explorá-la.

O proveito econômico e social dessa operação revela-se inegável, já que proporcionou a reprodução do capital existente na sociedade, fruto da utilização de um determinado recurso pela pessoa que possuía maior especialização na área, do que se conclui que, existindo na sociedade instrumentos que viabilizem a realização de transações rápidas, seguras e a baixo custo, os recursos disponibilizados no mercado sofrerão uma perfeita canalização, subtraindo-se deles a fruição máxima, circunstância que contribuirá para a elevação da qualidade de vida da população.

González (2003, p. 152) destaca que, em uma economia de mercado, o intercâmbio voluntário impõe essencialmente os seguintes custos de transação: (a) de informação; (b) de negociação; (c) de vigilância do cumprimento do acordado.

O sistema de registro de imóveis, nesse ponto, constitui-se em um importante instrumento para reduzir os custos de transação, contribuindo para o tráfego jurídico de bens imóveis, o que proporciona o desenvolvimento econômico da nação, fruto do maior direcionamento dos recursos existentes no mercado, utilizando-se como método um procedimento que possibilita a busca de informações de forma rápida, a um menor custo pessoal.

A criação de um sistema de registro com fortes “efeitos substantivos” é um relevante mecanismo para consolidação de um mercado imobiliário sólido com segurança e fluidez nas transações. De acordo com Huaripata (2003, p. 85-86):

“Um sistema registral com fortes ‘efeitos substantivos’ será um fator importante (não único) para a consolidação de um mercado imobiliário sólido com segurança e fluidez nas transações, ao eliminar a incerteza derivada dos possíveis conflitos ou colisões de direitos no âmbito privado (...).”

Em que constituem os denominados ‘efeitos substantivos das inscrições’?, efeitos que – entre outros –, permitem legitimar ao novo ‘titular registral’ (adquirente) ‘todos os efeitos’ ao presumir-se a exatidão e integridade de seu direito, que o protege inclusive frente a supostos excepcionais de carência de faculdade dispositiva de seu transferente ou que se prefira ao segundo adquirente que consentiu o registro, contra o ‘proprietário’ que adquiriu primeiro, porém, que mantém seu direito na ‘clandestinidade’.”

Por derradeiro, acompanhando os ensinamentos de Scheelje (2004, p. 248-249), há que se destacar que os sistemas registrares desempenham uma importante função econômica na sociedade, favorecendo o crescimento, o bem-estar público e a paz social, mediante a *proteção jurídica dos direitos patrimoniais* e, especialmente, das *transações* feitas com base neles.

Sobre o assunto, esclarece o autor (SCHEELJE, 2004, p. 248-249):

“Quando falamos de *direitos patrimoniais*, referimo-nos não somente aos direitos reais, mas também aos vinculados à liberdade de contratar, que permitem realizar transações entre os diversos agentes econômicos de uma sociedade. É claro que *esses direitos devem ser claramente definidos num ordenamento jurídico*, o qual deve garantir-lhes também uma *tutela* adequada em face de uma ameaça ou vulneração. Dessa maneira, será possível promover investimentos eficientes, incrementar as expectativas de recuperação de investimentos de capital, diminuir o risco dos credores comerciais e, em consequência, as taxas de juros dos créditos; reduzir os custos de tramitação e execução hipotecárias, o que, por sua vez, reduzirá a liquidez dos investimentos imobiliários. Tudo isso favorece uma *redução geral nos custos das transações no mercado*, o que, por sua vez, facilita a realização de transações eficientes e o crescimento econômico da sociedade, para o qual é necessária uma complexa corrente de *relações jurídicas*.”

7.3 Modalidades de sistemas de registro

González (2002, p. 20-21) classifica os sistemas registrais em duas modalidades: (a) o sistema de registro de documentos; e (b) o sistema de registro de direitos.

O sistema de *registro de documentos*, também conhecido como “sistema de mera inoponibilidade perante terceiros dos títulos não inscritos”, serve apenas para delimitar o campo de investigação da propriedade, de forma que, pretendendo-se adquirir um imóvel, deverá o interessado averiguar, perante todos os títulos inscritos, aquele que atribui a titularidade legítima do bem. Eventual título não inscrito, não poderá ser oposto contra o interesse de terceiros adquirentes do imóvel.

O sistema de *registro de documentos* não gera um grau satisfatório de segurança, pois não indica com precisão quem é o legítimo e exclusivo titular do bem, mas apenas um grupo de pessoas dentre as quais se encontra o verdadeiro proprietário, o qual deverá ser individualizado, após minuciosa investigação a ser proferida pelo interessado na aquisição.

Uma vez que esse sistema não outorga nível satisfatório de segurança à transação, o mercado cria mecanismos complementares de segurança, tais como o *seguro privado* e os *procedimentos judiciais prévios à aquisição*, tudo isso para garantir uma maior estabilidade à operação.

Nesse sentido, pondera González (2003, p. 138):

“(…) Quem pretende adquirir o direito necessita recorrer a um destes dois mecanismos complementares de segurança: a) contratar um seguro no mercado que lhe cubra, ao menos, o risco de evicção; b) acudir à ordem jurisdicional

e instar um procedimento de depuração, único meio pelo qual o adquirente pode conseguir verdadeira segurança. Como manifestou Celestino Pardo (1944), por intermédio do procedimento de purgação, obtém-se o proprietário indiscutível. Citam-se todos os titulares de direitos publicados pelo registro e extinguem-se eles, mediante prévio pagamento de seu valor, determinado por hasta pública. Por motivos óbvios, como observa o citado autor, a profunda intervenção pública na propriedade que supõe o desmesurado efeito da depuração é dificilmente tolerável nas sociedades modernas. Por isso, nos países que adotaram estes sistemas, companhias de seguros e firmas profissionais acabaram por assumir o desempenho da tarefa. A consequência é que a qualidade e o alcance da segurança obtida pelo particular dependem, como é evidente, de sua capacidade econômica. Seu custo definir-se-á em função de variáveis como a importância do negócio a celebrar, a complexidade da titulação e o prestígio da firma auditora eleita.”

Por sua vez, o sistema de *registro de direitos*, também conhecido como “sistemas registrais de fé-pública”, pauta-se na “fé-pública registral”, de forma que o ato de aquisição resta assegurado pelo direito devidamente inscrito e publicizado. “O registro desempenha assim, com relação ao adquirente, uma função dupla: *de publicidade e de garantia do publicado*” (GONZÁLEZ, 2002, p. 21).

Onde existem tais sistemas, o mercado não gerou, porque deles não necessita mecanismos complementares de segurança. “São paradigmáticos os exemplos da Alemanha e da Espanha. Seu efeito radical – o direito publicado é o único existente (Alemanha) ou o único que necessita conhecer quem pretende contratar (Espanha) – conseguem-no pelo mecanismo que podemos denominar de ‘registração de direitos’”, na esteira da orientação de González (2003, p. 139).

É pressuposto do sistema de *registros de direitos*, que o conteúdo do ato de inscrição prevaleça sobre o título que o motivou, no caso de discordância entre ambos, com a finalidade de resguardar o interesse de terceiros de boa-fé. O registro também deve controlar e fiscalizar o respeito do ordenamento jurídico, tanto pelas partes contratantes como por eventuais terceiros. “Ao controle se vincula o efeito de fé pública, o direito fica entabulado e o registro se converte em um sistema de produção de direitos de propriedade aptos para o mercado (*marketable*)” (GONZÁLEZ, 2002, p. 21).

A fé-pública outorgada ao assento registral, conjugada à legalidade atribuída ao título pelo ato de qualificação, têm como principal efeito, a pontuação de níveis satisfatórios de segurança para a transação, em um procedimento mais célere e menos custoso, conforme leciona González (2002, p. 21):

“As inscrições registrais podem assim informar aos potenciais contratantes e interessados quem é o titular de cada direito, sua capacidade para dispor e os

encargos que pesam sobre o imóvel, conseguindo assim eliminar as assimetrias informativas de caráter jurídico.

Como consequência, a subsequente contratação é muito menos custosa e totalmente segura para os futuros adquirentes, pois tanto os direitos como seus titulares ficam perfeitamente identificados e definidos. Tudo isso é obtido, aliás, sem que exista nenhum risco para os titulares de direitos, sempre que a qualificação for eficaz.”

No sistema de *registro de direitos*, a pessoa que pretenda adquirir um imóvel, necessita unicamente solicitar a informação registral, que goza do atributo da presunção de veracidade. Para tanto, mostra-se necessária a criação de um sistema organizativo especial do instituto registral, que realize o registro por propriedades (fólio real), atribuindo a cada imóvel um assento, a cada assento um direito, determinando a exclusão do registro dos direitos incompatíveis, bem como a hierarquização dos compatíveis entre si, conforme o critério da *prioridade* e a técnica do *trato sucessivo* (exclusividade específica), ficando condicionada a eficácia do registro à existência de um único sistema (exclusividade genérica), devendo-se desprezar a juridicidade de qualquer outra forma de organização da propriedade e definição de direitos reais que não aquela constituída pelo Estado (GONZÁLEZ, 2002, p. 22).

7.4 A eficácia do sistema registral

A eficácia do registro possui relação direta com a modalidade do sistema adotado.

O *sistema de registro de documentos*, por exemplo, que tem por objetivo apenas dar publicidade a títulos relativos a imóveis, não oferece maior segurança ao adquirente. Imputa, unicamente, o atributo da *inoponibilidade dos títulos não inscritos*. Ao adquirente apenas se oferece uma relação de títulos, dentre os quais deverá ser subtraído o que corporifica a legitimidade da titulação, mostrando-se necessária a realização de uma prévia investigação, através da contratação de profissionais especializados, para a verificação da efetiva identidade do proprietário do bem. Esse processo tende a se mostrar custoso e moroso, sem que, ainda, se garanta níveis elevados de segurança à transação. Para tanto, o mercado lança mão de mecanismos complementares, para garantir um maior grau de segurança à operação.

O *sistema de registro de direitos*, por sua vez, garante maior grau de segurança às transações imobiliárias. Ao outorgar ao assento registral o atributo da fé-pública, estabelece a prevalência do conteúdo do registro, protegendo assim o interesse de terceiros de boa-fé.

Com relação aos custos operacionais de cada sistema, González (2006, p. 172-173), após realizar um estudo empírico sobre os diversos sistemas registra-rais adotados em cinco países da União Europeia, Alemanha, Reino Unido, Espanha, França e Itália, conclui que o *sistema de registro de direitos* se mostra mais eficiente e envolve menos custos que o *sistema de registro de documentos*.

No que diz respeito ao critério *segurança* do sistema registral, acentua o autor (GONZÁLEZ, 2003, p. 135), que o *property right* imobiliário, para ser considerado seguro, pressupõe duas condições:

“1. Quando todos sabem que ninguém pode discutir judicialmente com êxito a titularidade do proprietário.

2. Quando o proprietário, no momento de realizar a aquisição, conhece todas as restrições que pesam sobre o imóvel, de tal maneira que: ou bem podem eventualmente antepor-se a seu direito (exemplo: hipoteca, que, em caso de não pagamento do crédito garantido pode acarretar uma alienação forçada em favor de pessoa diferente, cuja aquisição preferirá à do comprador do prédio hipotecado), ou bem podem diminuir o valor de troca do bem adquirido (exemplo: servidão de passagem) e cujo conhecimento é essencial por duas razões:

a) para decidir se se efetua ou não a aquisição (quer dizer, se se destina a essa finalidade uma quantidade limitada de recursos, normalmente numerosos, suscetíveis de usos alternativos) e

b) para poder calcular o ‘justo preço’ da aquisição e, em consequência, evitar o esbanjamento de alguns recursos, limitados por definição.”

Há que se observar, contudo, que o grau de eficácia do “sistema de registro de direitos” vai depender dos princípios adotados em cada ordenamento jurídico, uma vez que, quando mais rígidos forem os mecanismos de controle de acesso de títulos ao assento registral, maior será a eficácia do registro, o que refletirá decisivamente na segurança jurídica e econômica que decorrerá do ato registral.

Nesse sentido, elucida Calatayud (2006, p. 10-11):

“A extensão e intensidade da qualificação registral está em relação direta ou proporcional com a eficácia que o ordenamento outorga ao assento praticado. A maior eficácia repousará, pois, no trabalho que o registrador fará da transcendência real do negócio, da validade dos atos dispositivos por ele gerados, da capacidade dos intervenientes, do cumprimento das formalidades extrínsecas e, certamente, dos obstáculos do registro.”

Essa também é a orientação de González (2003, p. 137-138), nos termos:

“Pois bem, o grau de potência e qualidade dos efeitos de um sistema (de seu *output*) está em função direta da qualidade (e intensidade) das barreiras de entrada ao mesmo (de seu *input*). As barreiras de entrada menos exigentes correspondem a efeitos mais débeis e – como demonstra a análise de sistemas – à necessidade de recorrer a mecanismos complementares (normalmente de mercado) para conseguir um nível de segurança minimamente aceitável. Dito de outro modo, os *déficits* inerentes a todo sistema registral de efeitos débeis são cobertos pelo mercado. Quer dizer, este costuma cobrir o *gap* entre os efeitos requeridos e os produzidos, no caso de sistemas registrais de efeitos débeis.

Pelo contrário, os sistemas registrais de efeitos fortes (e fortes barreiras de entrada) costumam cobrir, por si sós, as necessidades do mercado, como o demonstra o fato de que não se geraram mecanismos alternativos ou complementares de segurança jurídica imobiliária, ali onde regem tais sistemas (v.g. Alemanha ou Espanha).”

Adotada a lição de Scheelje (2004, p. 249-250), cumpre apontar que: “a eficácia de um sistema registral será garantida do ponto de vista jurídico com a *correta aplicação dos princípios registrais* em cada uma das etapas do trabalho efetuado pelo órgão responsável pelos registros públicos, o que inclui necessariamente a *qualificação registral* assim como a *publicidade do que foi inscrito nos registros*”.

Scheelje (2004, p. 250-251) separa o ato de qualificação registral em três etapas diferentes. O primeiro passo é o *controle da legalidade*, em que se fará o controle da eficácia e da validade do título do ponto de vista material (conteúdo do negócio jurídico) e formal (formalidades para a materialização do negócio: por exemplo, escritura pública). Em um segundo momento, será verificada a adequação do título ao assento registral, através do método do *trato sucessivo* (nenhuma inscrição será feita, sem a inscrição do direito anterior que lhe dá origem) e da *prioridade excludente* (não se inscreve no mesmo assento títulos incompatíveis entre si). O terceiro pré-requisito da qualificação é a análise da *relevância ou transcendência* do título (deve ingressar no registro somente situações jurídicas relevantes para terceiros).

Possuindo o mesmo grau de importância, o ato de *inscrição* também deve respeitar certos rigores. O *aspecto formal* do ato de inscrição compreende a forma como se *organiza* a informação que chega ao registro e a forma como são *lavrados* os assentos registrais. No primeiro caso, tem-se o *sistema de fólio real* (as informações são organizadas em função do bem) e o *sistema do fólio pessoal* (as informações são organizadas em função da pessoa). No segundo caso, relaciona-se o *sistema de transcrição* (que supõe a incorporação completa do título ao ato de registro, também podendo ser realizada mediante o arquivamento).

mento físico do título) e o *sistema de inscrição* (em que se extrai e se inscreve tão somente o que é relevante para terceiros). O aspecto material, por sua vez, supõe a determinação do conteúdo do assento registral.

Ressaltando o papel dos princípios registrais como instrumentos garanti- dores das liberdades civis, em conclamação à função social do registro de imó- veis, pondera Dip (2004, p. 69-70):

“Quanta vez, aventurando-nos a meditar acerca dos princípios registrais – detendo a atenção, não raro, apenas em seus recortes técnicos –, abdicamos assim de considerar, para além da curta visão poiética, que a determinação e a especialidade objetivas identificam e demarcam a *res certa*; que a fé-pública registrária, a legitimação tabular e a especialidade subjetiva definem o que se atribui a cada um – e a isso, na ordem normal dos acontecimentos, é o que se deve designar *res justa* concreta; que o princípio da legalidade e o do trato sucessivo garantem de comum contra as fraudes, as falsificações e os esbulhos possessórios. E é por isso, e é porque nos temos acaso distraído dessa fun- ção do registrador que, muitas vezes, corremos o risco de já não *reparar* em sua dignidade *juris-prudencial* e já não estimar como devido seu indispensável papel societário. E dizer que ele define a *res certa*, assegura aquilo que, *ut in pluribus*, certifica a *res justa* imobiliária e, com isso, é uma garantia das nossas liberdades.”

Por esse motivo, a análise dos princípios formadores do sistema de registro de imóveis que vigora no Brasil é condição inarredável para a compreensão do instituto, depreendendo-se daí o grau de eficiência garantido pelo assento registral, e sua relação com o desenvolvimento econômico. Para tanto, deve-se partir da premissa de que a segurança jurídica viabiliza a adequada circulação dos ativos existentes na sociedade, promovendo a reprodução do crédito, o que viabiliza, por sua vez, o desenvolvimento econômico da nação e o bem-estar social.

7.5 Princípios do registro de imóveis

Atualmente vivemos em uma sociedade de massa, em que as relações pes- soais cedem espaço para as relações formais. A partir do momento em que os sujeitos envolvidos nos negócios em geral se despreocupam com os aspectos subjetivos da outra parte contratante, surge a necessidade do rigorismo formal, visando garantir a estabilidade das transações comerciais.

Em vista disso, é bastante comum a realização de negócios com pessoas fictícias que se utilizam de sistemas de computadores, da Internet, da telefonia, de caixas-eletrônicos, dentre outros instrumentos modernos, para a concreti-

zação de suas operações. Em muitos casos, não se executa qualquer contato pessoal entre o comprador e o vendedor. Na medida em que a sociedade evolui, a impessoalidade parece aumentar.

No sistema financeiro, essa realidade não é diferente. Qualquer pessoa pode se dirigir a sua agência e se utilizar de caixas-eletrônicos, bem como da Internet, para contratar um empréstimo, quitar um boleto, realizar o parcelamento de dívidas, dentre outras operações, sem qualquer necessidade de conversar com o gerente da instituição.

Nesse ambiente impessoal, mostra-se necessária a criação de mecanismos que assegurem a estabilidade das relações comerciais. No caso das instituições financeiras, cujo volume de transações é expressiva, a estabilidade das transações deve ser garantida por instrumentos que preservem um mínimo de objetividade e segurança às operações.

Para o sistema bancário, cuja atividade preponderante é a intermediação de capital, fundamental para o desenvolvimento da economia, a segurança jurídica é um atributo que deve resguardar de maneira intrínseca suas operações.

“No caso em análise, como dito anteriormente, o crédito trata da relação de duas ou mais pessoas com interesses confluentes (emprestar e tomar emprestado) ao estabelecimento de uma relação jurídico-econômica. Esta relação não é tão simples como as normas legais e a economia fazem parecer, pois para seu estabelecimento há uma condição implícita de caráter moral, que é a confiança. A confiança, desse modo, age como uma determinante para o estabelecimento das relações creditícias. Todo o sistema de garantias e informações são constituídos simbioticamente pela confiança e como se sabe, economicamente, as garantias e informações são variáveis do preço do crédito, bem como possíveis fatores inibidores de uma pessoa ter acesso a tal instituto” (FLORES FILHO; LOPES, 2009, p. 3).

Em muitos casos, para assegurar o adimplemento das operações, as instituições financeiras exigem a constituição de garantias nos contratos em geral, em montante suficiente para cobrir o valor total do financiamento, bem como os encargos remuneratórios pactuados. Quanto maior a expressividade monetária da operação, maior a necessidade de se constituir garantias contratuais.

O tipo de garantia exigida também influencia na estabilidade da transação, cabendo aqui referenciar as garantias reais, que se destacam por outorgar grau satisfatório de segurança às operações. São garantias eminentemente estáveis e seguras (embora não tão facilmente exequíveis), suficientes para reduzir o risco de crédito das operações.

Nesse sentido, assevera Regueira (2007, p. 50):

“A definição clara dos direitos de propriedade das partes envolvidas em uma transação traz segurança jurídica, reduzindo a incerteza quanto ao cumprimento do contrato e, por conseguinte, diminuindo os custos de transação. A redução da incerteza não apenas torna possível o aumento do volume negociado, como também valoriza os ativos envolvidos na transação.”

Sobre todo o processo de constituição de garantias reais nos contratos, encontra-se o sistema de registro de imóveis, cujos princípios norteadores de atuação são os verdadeiros responsáveis pela garantia da segurança jurídica às transações.

Por esse motivo, prescreve o art. 1.º da Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores), que: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Citando Soto, pondera Regueira (2007, p. 82):

“Segundo Soto (2001), as histórias dos países são diferentes, em virtude, sobretudo, das instituições que se estabeleceram. Ele aponta como uma das causas mais importantes para o sucesso dos países desenvolvidos foi a criação de um sistema de registros formais sobre a propriedade privada, bem como das transações realizadas com as mesmas. Desta forma, seria possível rastrear toda a história de um ativo, e com isso descobrir quem foram seus proprietários ao longo do tempo e de que maneira esta propriedade mudou de mãos. Ao explicar o fator que propiciou o desenvolvimento de alguns países e o atraso de outros, Soto não esclareceu por que instituições eficientes surgiram em determinadas nações, mas não se desenvolveram em outras.”

A segurança jurídica, portanto, é o escopo primeiro do sistema de registro de imóveis, que se utiliza dos princípios da inscrição, da legalidade, da publicidade, da presunção de legitimidade, da instância ou rogação, da prioridade, da especialidade e da continuidade, dentre outros, para preservar a estabilidade das relações negociais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pobreza mundial é um dos problemas mais sérios a serem enfrentados na atualidade. Não há como se desconsiderar a grande desigualdade econômica existente entre os países pobres e em desenvolvimento, em comparação com os países desenvolvidos. É inadmissível que grande parte da população viva sob condições de extrema miséria, acometidos da fome e da doença, enquanto os povos dos países desenvolvidos usufruem com exclusividade os resultados do progresso econômico e tecnológico conquistado nas últimas décadas.

De forma incontroversa, o desenvolvimento econômico está estritamente vinculado ao processo de industrialização, à introdução da tecnologia na cadeia produtiva, gerando a redução dos custos e o aumento da produtividade, o que tornará o país mais competitivo, plenamente inserido na economia mundial, regulada pelo princípio da livre concorrência e da intervenção mínima do Estado no mercado.

Nesse quadro, como mecanismo fomentador do investimento no setor produtivo, o crédito constitui pressuposto inarredável para a geração do desenvolvimento econômico, representado no capital necessário para o desenvolvimento da atividade empresarial, proporcionando, assim, a melhoria da qualidade de vida e o bem-estar da população.

É estreita a relação entre a oferta de crédito, a taxa de juros e os investimentos, no mercado capitalista em que vivemos.

O primeiro pressuposto do investimento é o acesso ao crédito. Inexistindo instrumentos adequados que garantam o acesso ao financiamento, afasta-se a possibilidade do investimento. As instituições financeiras devem contribuir para a promoção do desenvolvimento econômico da nação, construindo a estrutura necessária para oportunizar crédito ao setor produtivo, especialmente aos micro e pequenos empresários. Não deve priorizar unicamente os mega-agentes econômicos. Deve compreender que os pequenos comerciantes também asseguram o resultado econômico esperado pela instituição.

Em um segundo momento, há que se ponderar que os investimentos são impulsionados pelo lucro. Considerando que a taxa de juros é subtraída de uma parte do lucro transferido pelo empreendedor ao poupador (inquestionavelmente, a taxa de juros reflete no volume do lucro líquido percebido pelo empresário), a sua elevação pelo mercado financeiro pode comprometer o resultado econômico da atividade, desarticulando a possibilidade do investimento.

Em última escala, a taxa de juros caracteriza-se como um dos elementos determinantes do investimento. Elevando-se a taxa de juros, os níveis de investimento produtivo no país tendem a diminuir, gerando a retração no desenvolvimento econômico. Como resultado, tem-se a abundância de recursos disponíveis no mercado, fruto da maior acumulação.

Reduzindo-se a taxa de juros, estimula-se o investimento produtivo, que aumentará a margem de lucro da empresa. Além disso, é tendência que os aplicadores financeiros (poupadores), descontentes com as taxas de juros fixadas, busquem fontes alternativas de investimento, especialmente no setor produtivo.

Por fim, a taxa de juros serve ainda de medida de equilíbrio da quantidade de crédito ofertado no mercado. Havendo escassez de crédito, eleva-se a taxa

de juros, priorizando a acumulação de capital. Isso acaba reduzindo o nível de investimento. Havendo abundância de crédito, reduz-se a taxa de juros, incentivando o investimento produtivo.

O efeito das garantias reais sobre as taxas de juros fixadas no mercado financeiro restou categoricamente comprovado no estudo realizado. As instituições financeiras, ponderando o risco de crédito de cada operação, contemplam com taxa de juros inferiores os contratos cobertos por garantias reais.

Isso porque, as garantias reais reduzem o risco de crédito das operações, diminuindo a probabilidade de não recebimento dos recursos emprestados. O banco sabe de antemão que o devedor possui patrimônio suficiente para suportar uma eventual execução. A certeza jurídica do recebimento do crédito, neste caso, é maior, se comparada à insegurança havida nos contratos desprovidos de qualquer garantia.

A exigência de garantia viabiliza ainda a seleção de clientes menos arriscados por parte das instituições financeiras, uma vez que, sabedores da possibilidade de expropriação do bem, somente investidores mais seguros comprometeriam seu patrimônio, na contratação de financiamento.

Por sua vez, a simples existência de bens imóveis registrados em nome do devedor, mesmo que não constituída qualquer garantia real, serve de parâmetro para a verificação de sua situação econômica-financeira, representando um indicativo de solvabilidade do devedor. Neste caso, reduz-se o risco de crédito da operação.

A redução do *risco de crédito* proporcionada pela constituição de garantias reais no contrato somente é implementada pela estabilidade garantida pelo registro de imóveis às operações comerciais. Havendo segurança jurídica, o risco de crédito ponderado pelas instituições será menor, diminuindo-se, na mesma proporção, a taxa de juros cobrada nas operações.

Assim, resta evidenciada a relevância do registro de imóveis para a preservação da estabilidade das relações comerciais, elemento determinante para o desenvolvimento econômico de uma nação.

Verificou-se, por fim, a necessidade de o Poder Judiciário garantir a plena eficácia das garantias constituídas, observando a higidez dos contratos, como pressuposto inarredável para a adequada circulação do crédito, quantificada pelo risco de crédito das operações financeiras, sem o que, restaria comprometido o instituto dos direitos reais como um todo.

Conforme restou sobejamente evidenciado, a propriedade formal é um importante instrumento para a produção de capital. Pela propriedade formal, pode-se transformar o imóvel em ativo financeiro, capacitando-o a produzir

capital. A produção de capital pressupõe, portanto, a formalização da propriedade imobiliária existente dentro de uma nação.

A regularização fundiária, contudo, não é um objetivo de fácil concretização. Pressupõe a participação do Poder Público, e a cooperação da comunidade em geral. Cabe ao Poder Público a criação de um sistema jurídico que guarde consonância com a realidade local, que atenda os anseios sociais. A juridicização das regras de condutas criadas pelos usos e costumes locais aparece como elemento-chave do processo de regularização, sem o que não haveria a aceitação e a aderência popular.

O potencial econômico do bem somente pode ser usufruído após o processo de regularização. O imóvel, não estando representado por um documento formal, constitui *capital morto* para o mercado de capitais, podendo ser utilizado somente para habitação.

A propriedade formal, enquanto ativo imobiliário, é o instrumento adequado para a produção de capital. Constitui um fator determinante para a fixação do potencial econômico do bem, permitindo a integração das informações dispersas em um único sistema, o que garante segurança jurídica às transações, já que se tem amplo conhecimento das regras que regem a forma de aquisição e transmissão da propriedade imobiliária dentro de uma determinada nação, tornando as pessoas mais responsáveis por suas obrigações.

Pelo registro formal da propriedade, o imóvel transforma-se em bem fungível dentro do mercado de capitais, tornando-se um ativo de fácil comercialização e oneração. Ao proprietário é atribuída a condição de atuar como agente econômico, passando a interagir com as demais pessoas que participam da cadeia de produção de capital. Por fim, garante a proteção das transações, possibilitando ao proprietário a oposição de seu direito contra terceiros, determinados ou indeterminados.

Dessa forma, um dos fatores necessários para o país alcançar o desenvolvimento econômico, é a utilização do potencial econômico dos ativos imobiliários. Os recursos de que uma nação precisa para conquistar a emancipação econômica já estão impregnados em seu próprio território, nas diversas e mais variadas construções habitacionais e comerciais. São economias que representam muito para uma nação, constituindo a porta para o crescimento, se adequadamente utilizadas.

Em conclusão, não se pode negar a importância do registro de imóveis para o desenvolvimento econômico, na medida em que a criação de um sistema legal que possibilite o acesso da população à plena regularização, que atenda aos anseios sociais, que torne flexível o procedimento e o custo da legalização,

que possibilite a transformação do ativo em capital, é um dos segredos para o progresso da nação.

O problema da irregularidade fundiária possui abrangência mundial, atingindo principalmente os países pobres e em desenvolvimento. Estima-se que entre 40% e 70% da população urbana das grandes cidades dos países em desenvolvimento está vivendo ilegalmente, sendo que tais índices chegam a 80% em alguns casos.

No Brasil, estimativas indicam que mais de 12 milhões de domicílios urbanos ocupados por população de baixa renda são irregulares, circunstância que causa sérios problemas de ordem social, econômica, política, cultural e ambiental para a comunidade em geral.

A regularização fundiária vem tipificada no Estatuto da Cidade como um conjunto de medidas destinadas a legalizar a divisão e a ocupação do solo urbano, em prol de seus legítimos possuidores, viabilizando o acesso aos equipamentos urbanísticos de infraestrutura básica, necessários para garantir condições dignas de vida à população.

Contudo, a plena regularização não pressupõe apenas a *legalização de lotes*, dependendo da implementação de políticas socioeconômicas destinadas a melhorar as condições de vida da comunidade, proporcionando a geração de emprego e renda, fomentando a livre iniciativa e o acesso ao crédito formal, erradicando a pobreza e a marginalização, assegurando, assim, a integração social e territorial dos assentamentos informais, como condição necessária para a sustentabilidade da nação.

Por esse motivo, relevante se mostra a compreensão exata dos institutos da política urbana criados para implementar a regularização fundiária no Brasil, somente assim se garantindo a utilização máxima dos atributos sociais e econômicos da propriedade imobiliária, o que pressupõe a adoção de políticas públicas interativas direcionadas ao setor habitacional, em cooperação com as associações representativas dos notários e registradores, e da comunidade em geral.

No tocante à função econômica do registro de imóvel, cumpre enfatizar que a vida econômica rege-se pelo intercâmbio, em que as pessoas que fazem parte do mercado transacionam entre si determinados *bens de valor*, seja para realizar um investimento, seja para satisfazer um interesse pessoal, sempre buscando o menor custo possível, transações estas que viabilizam a reprodução do capital existente na sociedade, por meio do *fluxo de bens de capital* entre os diversos sujeitos envolvidos na sociedade de produção e consumo.

Nesse processo de circulação de capital, deparam-se os sujeitos com as imperfeições do mercado, consistente na existência de *informações assimétricas*

sobre a situação jurídica e econômica dos bens objeto da transação. Tais imperfeições decorrem do fato de que, cada uma das partes envolvidas em uma relação negocial, não é titular de conhecimento pleno e exaustivo sobre a situação jurídica e econômica do produto ofertado pela parte adversa.

No caso das transações imobiliárias, o registro de imóveis serve como *mecanismo redutor do custo de informações*, em razão de o mesmo ser utilizado como elemento para definição, atribuição e proteção dos direitos de reais, possuindo relevância significativa para o desenvolvimento econômico da nação.

O sistema de registro de imóveis, nesse ponto, constitui-se em um eficiente instrumento que garante a redução dos custos de transação, contribuindo para o tráfego jurídico relativamente aos bens imóveis, o que proporciona o crescimento da nação, fruto do maior direcionamento dos recursos existentes no mercado, utilizando-se como método um procedimento que possibilita a busca de informações de forma rápida, a um menor custo pessoal.

A criação de um sistema de registro com fortes “efeitos substantivos” é um relevante mecanismo para consolidação de um mercado imobiliário sólido com segurança e fluidez nas transações.

Cumprir destacar, assim, que os sistemas registrares desempenham uma importante função econômica na sociedade, favorecendo o desenvolvimento, o bem-estar público e a paz social, mediante a *proteção jurídica dos direitos patrimoniais* e, especialmente, das *transações* feitas com base neles.

O grau de eficácia do *sistema de registro de imóveis* vai depender dos princípios adotados pelo ordenamento jurídico, uma vez que, quando mais rígidos forem os mecanismos de controle de acesso de títulos ao assento registral, maior será a eficácia do registro, o que refletirá decisivamente na segurança jurídica e econômica decorrente do ato registral.

Por esse motivo, a análise dos princípios formadores do sistema de registro de imóveis é condição elementar para a compreensão do instituto, depreendendo-se dos mesmos o grau de eficácia que deve ser atribuído ao assento registral, e sua relação com o desenvolvimento econômico, cumprindo repisar, por sua vez, que a segurança jurídica garantida pelo registro de imóveis assegura a adequada circulação de ativos na sociedade, promovendo a reprodução do capital, contribuindo, portanto, para a sustentabilidade e o bem-estar social da nação.

9. REFERÊNCIAS

- ABREU NETO, Francisco Filomeno de. Segurança jurídica na posse e a política de regularização fundiária de Fortaleza: projeto dos 28 conjuntos habitacionais. Disponível em: [www.invi.uchile.cl/derechociudad/ponencias/Jornada/Panel%202/4.%20De%20Abreu,%20F.pdf]. Acesso em: 01.06.2010.

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária plena. Referências conceituais. Regularização fundiária sustentável – Conceitos e diretrizes*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- ALVES, Joana Duarte Ouro; LUPORINI, Viviane. Evolução da teoria do investimento e análise empírica para o Brasil. 2007. Disponível em: [www.anpec.org.br/encontro2007/artigos/A07A172.pdf]. Acesso em: 02.09.2009.
- ARRUÑADA, Benito. Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 139-159. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.
- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS – ANADep. *75% das habitações estão irregulares*. Anadep. 2010. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8975]. Acesso em: 01.06.2010.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília: Bacen, out. 1999. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito: avaliação de 1 ano do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Bacen, nov. 2000. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread112000.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito: avaliação de 2 anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Bacen, nov. 2001. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread112001.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito: avaliação de 3 anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Bacen, dez. 2002. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread122002.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito: avaliação de 4 anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Bacen, dez. 2003. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancaria_credito.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito: avaliação de 5 anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Bacen, dez. 2004. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/Pec/s-spread/port/economia_bancaria_e_credito.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito*. Brasília: Bacen, dez. 2005. Disponível em: [www.bcb.gov.br/pec/s-spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. *Relatório de economia bancária e crédito*. Brasília: Bacen, dez. 2006. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/s-spread/port/relatorio_economia_bancaria_credito.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.

- _____. *Relatório de economia bancária e crédito*. Brasília: Bacen, dez. 2007. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2007.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- BIGNOTTO, Fernando G.; RODRIGUES, Eduardo Augusto de Souza. Fatores de risco e *spread* no Brasil. *Trabalhos para Discussão* n. 110. p. 1-31. jul. 2006. Disponível em: [www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps110.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BRANDELLI, Leonardo. Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 52. p. 165-208. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2002.
- BRITO, Giovani Antonio Silva; CORRAR, Luiz João; ASSAF NETO, Alexandre. Sistema de classificação de risco de crédito: uma aplicação a companhias abertas no Brasil. *9.º Congresso USP – Controladoria e Contabilidade*. 2009. Disponível em: [www.congressousp.fipecafi.org/artigos92009/250.pdf]. Acesso em: 18.08.2009.
- CALATAYUD, Vicente Domínguez. Eficácia dos sistemas registrais como base da proteção jurídica dos direitos da propriedade do cidadão. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 61. p. 7-14. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.
- CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os Judiciários: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. O Poder Judiciário no regime democrático. *Revista da AMB – Cidadania e Justiça*. n. 13. ano 7. p. 17-39. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, jan.-jun. 2004.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CARVALHO, Celso Santos. O programa papel passado. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária plena. Referências conceituais. Regularização fundiária sustentável – Conceitos e diretrizes*. 2. ed. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Investimento, Poupança e financiamento. Financiando o crescimento com inclusão social. *Instituto de Economia da UFRJ*. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/investimento_poupanca_e_financeiamento.pdf]. Acesso em: 02.09.2009.
- CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antonio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João (orgs.). *Brasil em desenvolvimento: economia, tecnologia e competitividade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. vol. 1.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CHOCIAY, Henrique; NEVES, Lafaiete Santos. O conceito de juros em Marx e Keynes e sua influência sobre os modelos de crises financeiras. Disponível em: [www.sep.org.br]. Acesso em: 02.09.2009.

- CONSTANZI, Rogério Nagamine. Microcrédito no âmbito das políticas públicas de trabalho e renda. *Mercado de Trabalho – Conjuntura e Análise*. Disponível em: [www.mte.gov.br/pnmpo/microcredito_ambito_politicas_publicas_trabalho_renda.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a função social do registrador de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 58-70. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.
- DOING BUSINESS. Comparação de regulamentações em 181 economias. 2009. Disponível em: [www.doingbusiness.org]. Acesso em: 26.06.2009.
- EGUREN, Rafael Arnaiz. Urbanismo y registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 50. p. 71-85. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2001.
- ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal (comentários). *Congresso Brasileiro das Entidades de Notas e Registros*. Salvador, 17 a 21.11.2003. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=55&rid_noticias_area=1]. Acesso em: 18.05.2010.
- FAVRETO, Rogério; FUHRO, Vaneila Magali Müller. Núcleo de regularização de loteamentos: a experiência de Porto Alegre-RS. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FERNANDES, Edésio. Os instrumentos da política urbana e o uso e ocupação do solo urbano e rural. In: _____ (org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo na história? In: _____; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.
- _____. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In: _____; ALFONSIN, Betânia (coords.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2006b.
- _____. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária plena. Referências conceituais. Regularização fundiária sustentável – Conceitos e diretrizes*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- FERREIRA, Maria Paula. Uma metodologia para a estimação de assentamentos precários em nível nacional. In: ROSA, Júlia Santa (org.). *Política habitacional e a integração urbana de assentamentos precários. Parâmetros conceituais, técnicos metodológicos*. Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades. Brasília: Ministério das Cidades, 2008. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.

- FIPECAFI. *Estudo sobre a estrutura da taxa de juros no Brasil: apuração do spread da indústria bancária*. São Paulo: FEA/USP, 2004. Disponível em: [www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Fipecafi_GDE.pdf]. Acesso em: 01.08.2009.
- FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 161-174. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.
- FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; LOPES, Lucas Miotto. *Crédito e confiança: a influência das normas sociais nas relações de crédito*. Minas Gerais: Ufop/PUC-MG, 2009. Disponível em: [http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=bple]. Acesso em: 29.06.2009.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fortes, 2008.
- GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. A função econômica dos sistemas registrais. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 53. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.
- _____. A função econômica da publicidade registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 55. p. 133-159. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2003.
- _____. Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 61. p. 155-193. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.
- _____. La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 147-242. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.
- GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. O registro como instrumento de proteção das garantias jurídicas – Do aproveitamento econômico das coisas. *Boletim Eletrônico Irib*. Disponível em: [www.irib.org.br]. Acesso em: 29.06.2009.
- _____. O registro imobiliário. Necessário instrumento do progresso econômico-social. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 45. p. 82-94. São Paulo: Ed. RT, set.-dez. 1998.
- GUIMARÃES E SOUZA, Gustavo José de. *A interação entre a dinâmica macroeconômica e os bancos: uma perspectiva acerca do risco de crédito*. Dissertação de mestrado, Rio de Janeiro, UFF, 2007. Disponível em: [www.uff.br/cpgeconomia/novosite/arquivos/tese/2007-gustavo_guimaraes.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- HELLER, Claudia. O modelo simplificado de “A teoria geral do emprego, dos juros e da moeda” segundo James Meade. 2001. Disponível em: [www.fclar.unesp.br]. Acesso em: 02.09.2009.
- HUARIPATA, Luis Alberto Aliaga. Os efeitos substantivos da inscrição e o papel do registro na proteção do tráfico jurídico imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 54. p. 84-98. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2003.

- INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE MATO GROSSO – INTERMAT. Interemat será parceiro na regularização fundiária em Várzea Grande. 2009. Disponível em: [www.intermat.mt.gov.br/html/noticia.php?codigoNoticia=1500 &f_assunto=0&f_grupo=&f_data=Object]. Acesso em: 02.06.2010.
- IV Encontro Ibero-Americano de Direito Registral – Cartagena de Índias Colômbia, 28 de abril de 2006. Registro das garantias mobiliárias como instrumento para o desenvolvimento econômico – Manifesto. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 61. p. 273-280. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.
- JACOMINO, Sérgio. Cartórios da favela são os mais caros do país. *iRegistradores*. 16.10.2009. Disponível em: [http://registradores.org.br/cartorios-da-favela-sao-os-mais-caros-do-pais/]. Acesso em: 20.10.2009.
- LEAKEY, Richard. *A origem da espécie humana*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- LOYOLA, Gustavo. Como desenvolver o mercado de crédito brasileiro. 4.º *Painel Econômico Serasa*. 2007. Disponível em: [www.serasa.com.br/livros/4paineleconomico/13.htm]. Acesso em: 12.04.2009.
- LUNDBERG, Eduardo Luis; BADER, Fani Léa Cymrot. Ações e medidas – Avaliação e propostas. *Economia bancária e crédito – Avaliação de 4 anos do Projeto Juros e Spread Bancário*. dez. 2003. p. 31-40. Disponível em: [www.bcb.gov.br/ftp/re_l_economia_bancaria_credito.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- MARQUES, Eduardo (coord.). *Assentamentos precários no Brasil urbano*. Brasília: Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 05.06.2010.
- MATOS, Orlando Carneiro de. Desenvolvimento do sistema financeiro e crescimento econômico no Brasil: evidências de causalidade. *Trabalhos para Discussão 49*. set. 2002. p. 1-64. Disponível em: [www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps49.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 61. p. 28-80. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.
- MELO, Marcelo Augusto Santana. Breves anotações sobre o registro de imóveis. *Jus Navigandi*. n. 429. ano 9. Teresina, 2004. set. 1994. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/5669/breves-annotacoes-sobre-o-registro-de-imoveis]. Acesso em: 02.06.2010.
- MELO FILHO, Álvaro. Princípios do direito registral imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 17-18. p. 25-50. São Paulo: Ed. RT, jan.-dez. 1986.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Cidades – Goiânia soma 70 mil imóveis irregulares. 2010. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=1&base=1&conteudo=noticia/3505c91d642e92923cf7b405811069ba.html]. Acesso em: 01.06.2010.
- MORAES, Zisleide Soares et al. O microcrédito como instrumento de desenvolvimento social e econômico. 4.º *Congresso Brasileiro de Sistemas*. São Paulo: Uni-Facef, 29 e 30.10.2000. Disponível em: [www.facef.br/quartocbs/artigos/D/D_154.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.

- NAKANE, Márcio I.; KOYAMA, Sérgio Mikio. Taxa de empréstimos bancários: uma análise descritiva com base nos dados do sistema de informações de crédito do Banco Central. *Relatório de Economia Bancária e Crédito*. 2006. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/spread/port/relatorio_economia_bancaria_credito.pdf]. Acesso em: 26.08.2009.
- NERI, Marcelo Côrtes; GIOVINI, Fabiano da Silva. Negócios nânicos, garantias e acesso a crédito. *Revista de Economia Contemporânea*. vol. 9. n. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, set.-dez. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-98482005000300007&script=sci_arttext&tlng=en%5D]. Acesso em: 29.06.2009.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2008.
- NÓBREGA, Maílson da. *O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005.
- O DIA ONLINE. Cartórios da favela. *Informe do Dia*. 16.10.09. Disponível em: [http://odia.com.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (coords.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- OZAWA, Celina Yumiko. Hipóteses sobre a relação entre taxas de juros, garantias e tempo de relacionamento nos contratos de crédito. 2009. Disponível em: [www.fipe.com/publicacoes/downloads/bif/2009/1_17-19-cel.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- OLIVEIRA, Giuliano Contento de. *Análise do spread bancário no Brasil após o Plano Real (1994-2003)*. Dissertação de mestrado em Economia Política, São Paulo, PUC, 2004. Disponível em: [www.sbu.unicamp.br]. Acesso em: 29.06.2009.
- PAIVA, João Pedro Lamana. Curso de especialização em direito distrital – Barcelona, Espanha. *Boletim do Irib em Revista*. n. 312. p. 72-81. São Paulo: Irib, set.-out. 2003.
- _____. *Regularização fundiária de acordo com a Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009*. Disponível em: [www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/regularizacao_fund.pdf]. Acesso em: 05.06.2010.
- PASTERNAK, Suzana. O desafio da mensuração. In: ROSA, Júlia Santa (org.). *Política habitacional e a integração urbana de assentamentos precários. Parâmetros conceituais, técnicos metodológicos*. Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades. Brasília: Ministério das Cidades, 2008. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Acumulação de capital, lucros e juros. 1991. Disponível em: [www.bresserpereira.org.br/papers/1974/74-93AcumCapitalLucrosJuros.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.

- PEREIRA, Conceição. Os efeitos sobre o crescimento econômico de restrições ao crédito às famílias e às empresas. 2006. Disponível em: [<http://gemf.fe.uc.pt>]. Acesso em: 29.06.2009.
- REGUEIRA, Krongnon Wailamer de Souza. *O setor imobiliário informal e os direitos de propriedade: o que os imóveis regularizados podem fazer pelas pessoas de baixa renda dos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado, Paraná, UFPR, 2007. Disponível em: [<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/13708/1/Versao%20final%20da%20tese%20do%20Kron.pdf>]. Acesso em 10.06.2009.
- REZENDE, Anderson Mateus Batista de; SOUZA JR., Valdir Alcântara de. Desenvolvimento sustentado: o foco da política econômica redirecionado para o crescimento sustentado do país. Disponível em: [www.facef.br/novo/publicacoes/IIforum/Textos%20IC/Anderson%20e%20Valdir.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- ROCHA, Katia; MOREIRA, Ajax R. B.; MAGALHÃES, Ricardo. Por que o Brasil paga taxas de juros tão altas? *Boletim de Conjuntura do Ipea*. n. 56. jan. 2002. Disponível em: [http://desafios.ipea.gov.br/pub/bccj/bc_056j.pdf]. Acesso em: 01.08.2009.
- RODRIGUES, Eduardo A. de Souza; TAKEDA, Tony; ARAÚJO, Aloísio P. de. Qual o impacto das garantias reais na taxa de juros de empréstimo bancário no Brasil? Uma breve avaliação com base nos dados do SRC. *Economia bancária e crédito – Avaliação de 5 anos do Projeto Juros e Spread Bancário*. Banco Central do Brasil, dez. 2004. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/spread/port/economia_bancaria_e_credito.pdf]. Acesso em: 01.08.2009.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Registro imobiliário, contrato, organização social e fortalecimento institucional. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 60. p. 30-37. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.
- ROSA, Júlia Santa (org.). *Política habitacional e a integração urbana de assentamentos precários. Parâmetros conceituais, técnicos metodológicos*. Brasília: Secretaria Nacional de Habitação/Ministério das Cidades, 2008. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.
- SACHS, Jeffrey D. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2005.
- _____. *A riqueza de todos: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- SALLES, Venício Antônio de Paula. Regularização fundiária: questões enfrentadas pelos grandes centros urbanos e dificuldades procedimentais na implementação das metas para a melhor organização as cidades. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária plena. Referências conceituais. Regularização fundiária sustentável – Conceitos e diretrizes*. 2. ed. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.

- _____. Usucapião administrativa. 2009. Disponível em: [<http://casaregistratral.blogspot.com/2009/08/usucapiao-administrativa.html>]. Acesso em: 03.06.2010.
- SANT'ANNA, Gilson Carlos. Fatos históricos e jurídicos determinantes da configuração contemporânea dos serviços notariais. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 65. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2008.
- SANTOS, Flauzilino Araújo. Princípio da legalidade e registro de imóveis. 2008. Disponível em: [<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/009-flauzilino-principio-da-legalidade.pdf>]. Acesso em: 31.05.2010.
- SANTOS, Francisco José Rezende dos. Princípio da prioridade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 58. p. 13-36. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2005.
- _____. Princípios do registro de imóveis. *11.º Encontro de Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais*. 2002. Disponível em: [www.serjus.com.br/encontros/11/11_encontro_2002_trabalhos_apresentados.htm]. Acesso em: 31.05.2010.
- SANTOS, José Odário dos; FAMÁ, Rubens. Avaliação de estratégias para a redução do risco de inadimplência em carteiras de crédito bancário rotativo de pessoas físicas. *Revista de Contabilidade Financeira*. n. 42. p. 92-103. São Paulo: USP, set.-dez. 2006. Disponível em: [www.eac.fea.usp.br/cadernos/completos/cad42/jose_rubens_pg92a103.pdf]. Acesso em: 29.06.2009.
- SCHHEELJE, Álvaro Delgado. Eficácia dos sistemas registrais na proteção jurídica do direito de propriedade e demais direitos patrimoniais do cidadão. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 57. p. 248-258. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*. Trad. Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- SECRETARIA NACIONAL DE HABITAÇÃO/MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Assentamentos Precários no Brasil Urbano*. Publicação da Secretaria Nacional de Habitação/Ministério da Cidade e do Centro de Estudos da Metrópole/Cebrap, no âmbito do Projeto PNUD BRA/00/019 – MARQUES, Eduardo (coord.). *Apoio à implementação do Programa Habitacional Brasil-BID*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/arquivos/Assentamentos%20Precarios%20no%20Brasil%20Urbano.pdf]. Acesso em: 05.06.2010.
- _____. ROSA, Júlia Santa (org.). *Política Habitacional e a Integração Urbana de Assentamentos Precários. Parâmetros conceituais, técnicos metodológicos*. Brasília: Ministério das Cidades, 2008. Disponível em: [www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/biblioteca/publicacoes/Politica%20Habitacional%20e%20a%20Integracao%20de%20Assentamentos%20Precarios.zip/view]. Acesso em: 01.06.2010.
- SICSÚ, João. *Emprego, juros e câmbio*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SMOLKA, Martim O. *Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução*. In: FERNANDES, Edé-

- sio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SOUZA, Flávio A. M. de. Esta casa é minha: posse (in)segura e mercado habitacional informal em Recife e Maceió, Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia. 2007. Disponível em: [<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=bple>]. Acesso em: 29.06.2009.
- TOSCANO, Camilo. Brasil precisa de bom Judiciário para atingir grau de investimento, diz advogado. Entrevista com Jairo Saddi. *Última Instância*. 25.06.2007. Disponível em: [<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/39163.shtml>]. Acesso em: 11.10.2009.
- TURRA, Bárbara Miranda. A concessão de direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- VIEIRA, Fernanda Carolina Costa. Regularização fundiária em Recife. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A regularização fundiária como parte da política urbana, de Betânia Alfonsin – *RDI* 55/249;
- O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 69/9;
- Política nacional de regularização fundiária, de Edésio Fernandes – *RDI* 56/241; e
- Regularização fundiária e acesso à moradia, de Luiz Carlos Alvarenga – *RDI* 65/61.
- *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro notariais e de registro*, de Hercules Alexandre da Costa Benício, São Paulo, Ed. RT, 2005.

REGISTRABILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL: UM ESTUDO DE INTER-RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E O REGISTRO DE IMÓVEIS

2

ADRIANA GUGLIANO HERANI DEYAMA

Especialista em Direito Imobiliário pela Fadisb e em Direito Contratual pela PUC-SP.
Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Arbitragem

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão descritiva sobre a registrabilidade da sentença arbitral perante os Cartórios de Registro de Imóveis brasileiros. O propósito é a averiguação acerca da possibilidade ou não de registrar a sentença arbitral a partir da análise do sistema registral imobiliário brasileiro e do instituto da arbitragem. Estabelecidas as noções gerais e características sobre os institutos, a pesquisa sinaliza para a registrabilidade da sentença arbitral, especialmente diante do problema da deficiência do Poder Judiciário contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Poder Judiciário – Registro de Imóveis – Sentença arbitral – Registrabilidade.

ABSTRACT: This article proposes a reflection on the descriptive registrability the arbitral award before the Registry Offices brazilians. The purpose is to investigate about the possibility or not to register the arbitral award from the analysis of Brazilian registral system and the institution of arbitration. Established the notions general about the characteristics and institutes, this research indicates registrability for the arbitral award, especially given the problem of deficiency of the modern judiciary.

KEYWORDS: Arbitration – Judiciary – Property registry – Arbitral award – Registrability.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Arbitragem: meio extrajudicial de solução de conflitos: 2.1 Notas históricas de surgimento do Poder Judiciário como solucionador de conflitos; 2.2 O Judiciário brasileiro contemporâneo e a arbitragem – 3. Caracteres do sistema registral imobiliário brasileiro – 4. A inter-relação entre a arbitragem e o registro imobiliário: 4.1 Rol do art. 167 da Lei 6.015/1973: taxativo ou exemplificativo?; 4.2 A registrabilidade da sentença arbitral no Registro de Imóveis brasileiro – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Apesar dos inegáveis avanços, a morosidade para a solução dos conflitos ainda é um problema a ser trabalhado na realidade brasileira do Poder Judiciário, decorrente da quantidade excessiva de processos e da enxuta estrutura estatal para a prestação jurisdicional. A Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo apurou em 2011 a existência de 19.178.603 processos em andamento e 5.327.899 processos distribuídos referentes às áreas cíveis (justiça comum e juizado especial), criminais (justiça comum e juizado especial), infância e executivos fiscais.¹ O STF divulgou que, em 2011, 38.109 processos foram distribuídos naquela instância e 97.380 processos foram julgados.² Os resultados demonstram a exuberância de processos em andamento no Estado de São Paulo, sem contar nos demais Tribunais brasileiros.

Por essa razão, propagam-se os meios alternativos extrajudiciais para a solução dos conflitos, tal como, o instituto da arbitragem institucionalizado pela Lei 9.307/1996. O Conselho Arbitral do Estado de São Paulo publicou que, de 2002 até 2008, 21.291 procedimentos foram processados, 23.201 audiências designadas, 34.135 pessoas figuraram como parte ou envolvido e tiveram seus conflitos resolvidos por arbitragem.³ Divulgou ainda que, em 2008, 53% dos procedimentos eram da área cível, 17% comercial e 30% trabalhista. Os dados confirmam a tendência brasileira de utilizar a arbitragem, com o apoio do Poder Judiciário; além disso, confirmam a crescente utilização da arbitragem para solução de conflitos de relações cíveis e comerciais. A propagação do instituto demonstra, pois, sua aceitação pela população nas relações jurídicas.

Por sua vez, o sistema registral brasileiro contribui, em razão dos registros definirem situações jurídicas e tornarem seguras, com a harmonização das relações jurídicas, de sorte que, muitas vezes, atenua a utilização excessiva do Poder Judiciário. Não obstante, o sistema registral apresenta peculiaridades rigorosas necessárias e condizentes com a segurança jurídica, tais como a observância da completa qualificação registrária, dos seus “princípios informativos” norteadores, que podem ou não impossibilitar a aproximação da arbitragem e do sistema registral imobiliário.

-
1. Comunicado da Corregedoria-Geral da Justiça 73/2012. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=36658]. Acesso em: 03.02.2012.
 2. STF. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual]. Acesso em: 03.02.2012.
 3. Conselho Arbitral do Estado de São Paulo. Disponível em: [www.caesp.org.br/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=5]. Acesso em: 30.03.2010.

A vigência da lei da arbitragem, a propagação do instituto, o seu caráter informal e o formalismo do direito registral imobiliário suscitam indagações sobre a registrabilidade da sentença arbitral. Assim, em 2009, a autora dessa pesquisa sondou os Cartórios de Registro de Imóveis da Capital paulista acerca de questão aparentemente polêmica. O resultado chamou atenção pela timidez do cidadão de apresentar o título para registro, em que pese à propagação da arbitragem nos últimos anos, o que denota, talvez, um desconhecimento da viabilidade de registrar uma sentença arbitral. Desde que preenchidos os requisitos formais e a qualificação registrária, alguns cartórios entendem ser viável a recepção da sentença arbitral no fólio real, apesar de negarem a ocorrência de interessados para o registro de sentença arbitral: dado indicativo de pouca utilização da arbitragem no sistema registral imobiliário. Na escassa ocasião em que a sentença arbitral foi apresentanda perante alguns cartórios, a questão da registrabilidade não foi enfrentada, pois por motivo formal (indevida qualificação registrária) o título foi devolvido com exigência, mas não prosseguiu por desistência do interessado. A sondagem demonstrou uma posição isolada de um dos cartórios paulistas que rejeita a recepção da sentença arbitral, os demais não resistem, desde que atendidos os pressupostos da registrabilidade de qualquer título.

Embora a sentença arbitral não seja usualmente apresentada para registro nos Cartórios de Registro de Imóveis, a probabilidade de maior utilização aumenta diariamente, em razão da propagação do instituto e da conjuntura real do Poder Judiciário. O julgamento do Processo 000.05.032.549-3, que tramitou perante a 1.^a Vara de Registro Público de São Paulo ilustra a tendência no que se refere à harmonização da arbitragem e o registro imobiliário. O Juiz Venício Antonio de Paula Salles entendeu pela registrabilidade da sentença arbitral enquanto regular com os princípios e caracteres do procedimento arbitral e do registro imobiliário. Enfatizou a eficácia judicial da sentença arbitral.

O resultado da sondagem e o julgado mencionado motivaram a presente reflexão sobre a registrabilidade da sentença arbitral no sistema registral imobiliário brasileiro. A pesquisa visa apurar a compatibilidade ou incompatibilidade do sistema arbitral e registral. O tema central é o estudo sobre os sistemas em questão, suas características, princípios e, por fim, uma análise sobre a registrabilidade da sentença arbitral.

No primeiro capítulo, propõe-se o estudo da arbitragem como meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos. Essa abordagem inicia com o breve relato sobre a necessidade de a sociedade conviver sob regras em prol da harmonia e o conseqüente surgimento do Estado, como ente disciplinador. Em razão dos interesses individuais do homem e a necessidade da convivência harmônica, surgem os conflitos. Com uma estrutura monista, o Estado mo-

derno assume os poderes, dentre os quais, o de ditar o direito. A função estatal de conter e solucionar conflitos é exercida pela legislação e jurisdição. O Poder Judiciário se incumbem da prestação jurisdicional; contudo, nos momentos atuais, tem-se mostrado insuficiente para a concentração de todos os conflitos sociais. A morosidade decorrente, sob um aspecto, da quantidade excessiva de processos e da enxuta estrutura estatal para a prestação jurisdicional é uma realidade do Poder Judiciário. Nesse contexto, a arbitragem surge no ordenamento jurídico brasileiro como meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos. Assim, o objetivo desse primeiro capítulo é discorrer sobre o surgimento do Poder Judiciário na extensão exata para alcançar a atual conjuntura favorável à alternativa da arbitragem para solução de conflitos.

O segundo capítulo ocupa-se do sistema registral imobiliário também como ente responsável pela inibição de conflitos pertinentes aos bens imóveis e pelo propósito de pacificação social. Esse capítulo explora características e o núcleo do sistema registral para preparar a reflexão acerca da inter-relação do instituto com a arbitragem. No terceiro capítulo, já explicitados os dois institutos, propõe uma aproximação: premissas irrefutáveis para a investigação da registrabilidade da sentença arbitral.

2. ARBITRAGEM: MEIO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para contextualizar a arbitragem no estudo, faz-se uma breve abordagem do seu surgimento na sociedade brasileira. Para tanto, o capítulo discorre, com o aprofundamento pertinente à essa pesquisa, os primórdios do convívio do homem na sociedade e a conseqüente ocorrência dos conflitos sociais decorrentes das relações jurídicas firmadas entre os cidadãos, o surgimento do Estado e a separação dos poderes, com destaque no Poder Judiciário – órgão responsável pela solução de conflitos de interesses.

Em razão da evolução da convivência humana em sociedade, o capítulo explora as funções contemporâneas do Estado brasileiro e demonstra a sua postura adaptativa. Discorre o aumento dos conflitos sociais e a insuficiência do Estado-Juiz para a solução, e finaliza com a introdução da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro como meio alternativo, eficaz e complementar à atividade estatal judiciária, para solução dos conflitos e desafogamento do Poder Judiciário.

2.1 *Notas históricas do surgimento do Poder Judiciário como solucionador de conflitos*

A convivência do homem em sociedade, seja pela ideia aristotélica de ser essencialmente social, ou pela ideia iluminista da convivência humana decor-

rer do acordo de vontade, – daí o surgimento do Contrato Social – é a raiz propiciadora da origem da resistência dos interesses individuais.

A essência egoísta e individualista do homem de fazer prevalecer seus interesses, a custo, inclusive, do prejuízo alheio, provoca os atritos e a desordem. Antes de o Estado assumir a função de pacificador, na Grécia Antiga, a sociedade civil produziu o direito, com base nos fenômenos sociais e nos costumes. Numa estrutura pluralista, cada agrupamento social impunha suas regras de convivência, de forma a existir diversos ordenamentos jurídicos. Esperava-se do cidadão a postura de ser o próprio fiscalizador, coordenador e repreensor do infrator às regras.

“Imaginava-se que a democracia dependia de que todos e qualquer um se sentissem atingidos por ações delituosas de qualquer cidadão e tomassem o interesse de denunciar o caso ao tribunal. O ideal era de que todo cidadão se sentisse indignado com qualquer ilícito, mesmo sem ser a vítima”.⁴

A expectativa frustrou, já que a natureza humana é contrária à ordem, às regras, à harmonia. Como dizia Thomas Hobbes, “o estado natural do homem é o estado de guerra de todos contra todos”.⁵

Com o decurso do tempo, o ser humano percebe a dependência de organização política para o convívio social. Antes, a organização política era liderada pela família patriarcal, clã, tribo, gens romana, fratria grega, gentilidade ibérica e pelo senhorio feudal. Progressivamente, o Estado substituiu tais formas de organização política.

Embora seja fruto da criação humana, o Estado surge como ente responsável pela pacificação social⁶ e freia o individualismo, por meio do sistema jurídico. Assim, a imposição da ordem e a reunião de institutos, normas, valores, princípios e de procedimentos são os instrumentos estatais disciplinadores da convivência social e da conscientização humana da relação de poder-dever.⁷ O ser humano percebe a essência coletiva e a necessidade de respeitar as regras para proteção dos seus interesses.

Ao longo dos anos, estudiosos defenderam díspares teorias acerca do surgimento do Estado. De um lado, Eduard Meyer e Wilhelm Koppers sustentaram

4. LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

5. Idem, p. 174.

6. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 26.

7. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 15.

a existência do Estado desde que o homem vive sobre a Terra. De outro, Carl Schmitt e Ballardore Pallieri defenderam a origem do Estado como fruto de criação humana constituída numa sociedade política dotada de características bem definidas. De fato, “o Estado é a principal e mais complexa organização criada pelo ser humano. É fruto de ideias políticas e sociais em constante processo de transformação”.⁸

O Estado organizou a sociedade por meio da centralização dos poderes e, dentro de sua estrutura, os separou e os transformou em poderes autônomos e independentes (Executivo, Legislativo e Judiciário). O Executivo pratica atos de chefia de estado, de governo e de administração. Além da função de fiscalizar a contabilidade financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Executivo, ao Legislativo atribui-se a função de elaborar normas de condutas regulamentadoras das relações humanas de caráter geral e abstrato, de maneira a exteriorizar o direito positivo do país. E ao Judiciário, a função jurisdicional para a solução dos conflitos de interesses, mediante “imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade”.⁹

Por meio de leis ou pelo reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária, surge o sistema jurídico, que substitui as diversas regras de convivência impostas pelos agrupamentos sociais, antes do advento do Estado.

No Brasil, a lei é a fonte do direito e a sua codificação contribui para a formação do sistema jurídico.¹⁰ O direito português, romano, canônico e os códigos europeus do século XIX influenciaram o sistema jurídico brasileiro. A princípio, as Ordenações Reais (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) regeram a sociedade brasileira. Posteriormente, tais regras foram adaptadas pelo Código Sebastião, regimentos, Código Filipino e Constituição espanhola de 1812. Em decorrência dos costumes e das necessidades típicas da sociedade brasileira, em 1891, o Estado promulgou a primeira Constituição republicana e, em 1916, o primeiro Código Civil brasileiro.

A função jurídica do Estado, exercida através da legislação e da jurisdição, garante a harmonização e pacificação social porque define as situações jurídicas, contêm e soluciona os conflitos de interesses.

O sistema jurídico brasileiro, fruto da reunião de normas, valores, princípios e de procedimentos, veda a autotutela. Assim, quando os envolvidos não solu-

8. HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010. p. 27.

9. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 435.

10. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 335.

cionam o conflito de interesse espontaneamente, o Estado o resolve, mediante imposição da norma para o caso concreto. Pela jurisdição, “(...) cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução)”.¹¹

A solução do conflito por meio da atividade jurisdicional interrompe uma cadeia comunicativa e comportamental em torno do caso, ainda que os envolvidos irresignem.

A decisão não elimina necessariamente o conflito. Ela apenas apresenta uma solução. Não tem o condão de trazer harmonia entre as partes, nem mesmo de ser fator de coerência e entendimento entre elas. Como fator de segurança jurídica, no entanto, o modelo decisório se apresenta atuante no sentido de resguardá-la.¹²

A princípio, a atividade jurisdicional era monopólio¹³ do Poder Judiciário para a solução dos conflitos jurídicos, de forma a “não ser concebível o exercício, no território nacional, de uma jurisdição não originária da soberania do próprio Estado”.¹⁴ Todavia, atualmente, é pauta de discussão a não exclusividade do Judiciário no exercício da jurisdição. Alternativamente o Estado pode delegar, por meio de normas, a atividade jurisdicional a órgão distinto do Judiciário, para nele agregar e solucionar os conflitos.

O conceito de jurisdição não tem sido desenvolvido pela doutrina brasileira, no sentido de acompanhar a evolução que o instituto vem sofrendo nos ordenamentos mais modernos. Ainda estamos sob a influência estática da noção chiovendiana de jurisdição, de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes.¹⁵

Percebe-se, então, a evolução do convívio social. Dos primórdios aos tempos modernos, os conflitos de interesses aperfeiçoaram e avolumaram. O Esta-

11. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 38.

12. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 65.

13. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 523.

14. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 2, p. 81.

15. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 73.

do, dentro de sua estrutura organizacional, procura adequar-se ao aumento da complexidade dos conflitos de interesses, por meio da elaboração de normas modernas e da delegação da atividade jurisdicional a outro órgão, distinto do Poder Judiciário. Nesse contexto, o Estado promulgou a Lei 9.307/1996, introdutora da arbitragem, como meio extrajudicial alternativo de solução de conflitos. No início da sua vigência, a lei causou polêmica a ponto de suscitar-se a sua inconstitucionalidade, vez que retirou do Judiciário o monopólio da jurisdição e atribuiu aos árbitros – pessoas estranhas ao Judiciário aptas a solucionar os conflitos – a força de um juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei 9.307/1996). Após o julgamento do Agravo Regimental da Homologação de Sentença Estrangeira (Espanha) 5.206, em 12.12.2001, a polêmica atenuou porque o Judiciário afastou em definitivo a inconstitucionalidade da Lei 9.307/1996.

2.2 *O Judiciário brasileiro contemporâneo e a arbitragem*

Ao longo dos anos, o declínio secular da mortalidade corroborou o crescimento demográfico mundial.¹⁶ A população mundial evoluiu porque a tecnologia e a globalização contribuíram com o seu desenvolvimento. Concomitantemente, os direitos do homem, como fenômeno social, inovaram.

“Essa multiplicação (ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: (a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; (b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; (c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc”.¹⁷

O direito expandiu outras áreas, pela inclusão de novos sujeitos que o cidadão passou a ser subdividido e pelo surgimento dos objetos como titulares de direito, dentre os quais se destacam o meio ambiente, os animais, o feto, e o conjunto de fenômenos associados à reprodução em geral (SORJ, 2000, p. 104). Os direitos específicos do nascituro, da criança e do idoso, a proteção autoral das invenções, transferências de tecnologia, a concepção moderna de “família”, dentre outros bens, são resultados de uma evolução histórica do

16. SHNEIDER, José Odelso; LENZ, Matias Martinho; PETRY, Almiro. *Realidade brasileira*. 9. ed. Porto Alegre: Sulina, 1988. p. 172.

17. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 83.

direito. Sob o aspecto negativo, tal desenvolvimento propicia o surgimento de novos conflitos. Tais fatores motivam a adaptação do Estado para proporcionar o bem estar do povo. O progresso social, o governo nas sociedades livres, que é a expressão da herança histórica do povo, aliado a fatores sociais, econômicos e políticos, influenciam a transformação da posição do Estado na sociedade (DALLARI, 1995, p. 209). Platão já ensinou: “‘Tal homem, tal Estado’ (575); ‘os governos variam como variam os caracteres dos homens; (...) os estados se compõem das naturezas humanas que neles existem’ (544); o Estado é o que é porque os seus cidadãos são o que são. Portanto, não devemos esperar ter melhores estados enquanto não tivermos homens melhores; até então, todas as mudanças deixarão todos os pontos essenciais inalterados”.¹⁸

O Estado contemporâneo desempenha papel ativo na vida social, porque a sociedade exige sua presença nas relações humanas. A participação do povo contribui para o desenvolvimento do Estado, assim como a sua participação nas atividades econômicas e sociais beneficia os investimentos, pois o Estado intervém como grande financiador e consumidor, de maneira a fomentar empreendimentos custosos. As pautas estatais visam ao progresso sistêmico e, por isso, as medidas tomadas pelo Estado não destinam a um determinado setor, mas a diversos setores simultânea e cadencialmente.

A tendência do Estado contemporâneo é a “racionalização do governo” no sentido de explorar a tecnologia e o que há de moderno para melhorar sua atuação frente ao bem-estar do povo.

“A racionalização, que aos poucos vai se tornando mais clara como tendência, pretende, isto sim, utilizar os elementos técnicos e altamente especializados de que o homem dispõe atualmente, como *auxiliares do governo*. Nesse sentido, há um esforço objetivando aproveitar os recursos modernos de comunicação e organização, para que os governantes, conhecendo melhor a realidade e dispoendo de instrumental eficiente, possam decidir com mais acerto e agir com maior eficácia” (destaque do autor).¹⁹

O Estado contemporâneo visa ao seu fortalecimento, através de atuação participativa no seio da sociedade. Assim, medida como, a redução de imposto de produção industrial (IPI) para fomentar a venda de produtos no país e, conseqüentemente, movimentar toda a cadeia produtiva brasileira, demonstra sua

18. DURANT, Will apud STIRNER, Max. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultura, 2000. p. 46.

19. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 212.

iniciativa no campo econômico e a tendência denominada de “fortalecimento democrático do governo”.

“Para corresponder às novas exigências da vida social o Estado vem aumentando suas atribuições, em extensão e profundidade, agindo com mais intensidade e mais energia e passando a tomar iniciativas, inclusive no campo econômico. Essa nova atitude do Estado é que tem sido chamada, talvez sem muita propriedade, de *fortalecimento*, sobretudo porque essas novas atitudes exigem maior concentração de poder. Mas, evidentemente, isso não pode ser confundido com o aumento de força material, com a adoção de métodos violentos, pois isto é essencialmente antidemocrático e transforma o Estado num inimigo do povo, o que é absolutamente contraditório e, por isso mesmo, jamais poderia ser uma tendência do Estado”.²⁰

Apesar do perfil contemporâneo do Estado, o Judiciário brasileiro enfrenta crise, decorrente do aumento da demanda de serviços, da complexidade de atuação do sistema judiciário e da tendência crescente à morosidade.²¹ Com a expansão da sociedade e com o surgimento de novos direitos, o aumento dos processos é o ápice do cenário de crise, cuja responsabilidade não é exclusiva dos magistrados e dos governantes, mas também, dos servidores, operadores do sistema, promotores, procuradores, delegados e advogados.²² A população em geral também contribui com o aumento dos conflitos, pois, por vezes, ignora as leis e desrespeita os direitos alheios, dando causa às reivindicações perante o Judiciário. A quantidade de demanda é incompatível com a estrutura atual e, aliado aos problemas estruturais, tais como ausência de infraestrutura adequada, insuficiência financeira, morosidade, ausência de gestores profissionais, de número suficiente de magistrado e servidores, de sistemas eficazes de informação, de métodos modernos de gestão pessoal e de indicadores de desempenho à disposição da sociedade, são coadjuvantes ao atual cenário de crise.²³ Os problemas culturais também contribuem com a crise enfrentada.

“São estes a péssima formação do profissional, o que acarreta o triste fenômeno do desconhecimento do Direito, a utilização indevida do processo, com o uso de absolutamente toda malha recursal existente, em tese, nas leis,

20. Idem, p. 212-213.

21. SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000. p. 111.

22. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 161.

23. PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do Judiciário: observações de um economista. *Revista do Advogado* 75/17-22. São Paulo: AASP, abr. 2004.

ou mesmo com a manipulação ideológica ou política do processo, tanto por magistrados como pelos outros operadores”.²⁴

Para não se tornar obsoleto, o Estado preocupa-se em adaptar-se à nova realidade brasileira, através de iniciativas promovidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao longo dos anos, mudanças visam à melhora da atividade jurisdicional, por meio da elaboração de novas normas processuais, introdução de sistema informatizado, criação de órgão conciliatório e preventivo, projetos incentivadores da prática da mediação (“projeto Pacificar” – Ministério da Justiça),²⁵ projetos de pesquisas jurídicas para apoiar e melhorar a elaboração legislativa (“projeto Pensando o Direito” – Ministério da Justiça),²⁶ vigência da EC 45/2004 (“Reforma Judiciária”), por exemplo. São medidas positivas, contribuidoras da melhora nas atividades estatais e demonstram a postura participativa do Estado na sociedade.

Por outro lado, o resultado de tais medidas não foi suficiente para atender plenamente a necessidade social de melhoramento na atividade jurisdicional exercida pelo Estado-Juiz. A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas realizou pesquisa consistente na apuração da qualidade do serviço jurisdicional prestado pelo Judiciário e do comportamento das pessoas frente à procura pelo Judiciário para a solução de conflitos. O resultado foi de queda de confiança no Judiciário, no 3.º trimestre de 2009.²⁷

Sob análise do pensamento sistêmico, a deficiência do Judiciário repercute negativamente no fortalecimento do Estado nos setores econômico, organizacional, político e social e contraria a tendência de “fortalecimento democrático do governo”. A “qualidade do Judiciário é um dos principais itens considerados por esses investidores na hora de decidir onde investir”.²⁸ A insegurança na atividade jurisdicional prestada pelo Judiciário também repercute nas relações jurídicas, pois introduz riscos, desestimula o crescimento econômico,

24. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 162.

25. Ministério da Justiça. Disponível em: [<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9E-C2A8ITEMID6E99517B14514451AB562CBFBB12F702PTBRIE.htm>]. Acesso em: 16.04.2010.

26. Ministério da Justiça. Disponível em: [<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9E-C2A8ITEMID6E99517B14514451AB562CBFBB12F702PTBRIE.htm>]. Acesso em: 16.04.2010.

27. Pesquisa divulgada pela Folha On line ilustra a insatisfação do povo e o cenário de crise da justiça. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u641753.shtml]. Acesso em: 22.10.2009.

28. PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit., p. 17-22.

afeta o mercado de crédito, contribui para o aumento dos juros e propicia os descumprimentos contratuais.

Diante do cenário de crise do Judiciário, a arbitragem soa como medida promissora e positiva para o combate dos problemas atuais da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz. O instituto da arbitragem não é novel ao ordenamento jurídico brasileiro, pois sua utilização vem desde a colonização portuguesa, por influência da prática romana. “O Tratado de limites e navegação Brasil-Colômbia, firmado em 24.04.1907, indicou a arbitragem como meio de solução de conflitos que porventura surgissem ao longo da demarcação da fronteira”.²⁹

Posteriormente, o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil regulamentaram o procedimento e o firmamento do compromisso para a instauração do juízo arbitral.

A repercussão negativa do instituto gerou desconfiança quanto à sua efetividade e, por isso, manteve-se esquecida no ordenamento jurídico.³⁰ Contudo, a Lei 9.307/1996 aperfeiçoou o instituto e estabeleceu regras supridoras das falhas das leis anteriores, de forma a fomentar a sua utilização. Apesar do aprimoramento da lei e da repercussão positiva, a sua constitucionalidade foi debatida porque a delegação da atividade jurisdicional a órgão diverso do Judiciário causou desconforto e estranheza. Em 2001, o Judiciário encerrou o debate e se posicionou definitivamente pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, quando do julgamento do Agravo Regimental da Homologação de Sentença Estrangeira (Espanha) 5.206.

Aos poucos, seja pelo encerramento da discussão acerca da inconstitucionalidade da Lei 9.307/1996, seja por influência da adesão do instituto no direito comparado, seja pelo cenário de crise do Judiciário, a arbitragem propaga gradativamente no Brasil. A economia brasileira se beneficia do instituto, porque aumentam as contratações e os grandes investimentos por investidores estrangeiros. Os problemas atuais de aumento e quantidade de processos no Judiciário atenuam porque os usuários da Justiça brasileira têm poder de escolha quanto ao órgão a exercer a atividade jurisdicional para a resolução dos seus conflitos.

A arbitragem é meio alternativo de exercício da atividade jurisdicional, sujeito às regras procedimentais. É facultativo aos envolvidos na relação jurídica criar normas jurídicas particulares (autonomia privada) e estipular a submissão de eventual divergência jurídica a “técnica para solução de controvérsias, atra-

29. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 356.

30. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 318.

vés da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.³¹

O informalismo, a prevalência da autonomia privada e da vontade e a celeridade são elementos marcantes do procedimento arbitral. Contudo, não comprometem a seriedade do exercício da atividade jurisdicional pelos árbitros escolhidos, porque são juízes de fato e de direito (art. 18 da Lei 9.307/1996). Os árbitros assumem responsabilidades civis e criminais e são equiparados aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal (art. 17 da Lei 9.307/1996), por isso, sujeitam-se às regras rigorosas para assegurar uma atuação imparcial, independente, competente, diligente e discreta, de modo a manter a integridade do instituto.³²

Em prol da autonomia da vontade, os interessados são livres para escolher o juízo arbitral, mas em respeito à efetividade e à seriedade do juízo, uma vez escolhido em conformidade com a Lei 9.307/1996, a parte não poderá socorrer-se do Judiciário para a solução do conflito, salvo se os interessados envolvidos distratarem e, em conjunto, optarem pelo Judiciário.

Com base na autonomia privada, os interessados são livres para estabelecer as regras do procedimento arbitral, respeitados o bom costume, a ordem pública e os princípios basilares do processo civil, tais como o contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento (arts. 2.º e 21, § 2.º, da Lei 9.307/1996). Os princípios da publicidade e do duplo grau de jurisdição não são observados porque incompatibilizam com os fundamentos da arbitragem.³³

A decisão dos árbitros é elaborada por meio de sentença arbitral cuja formalidade e observância dos princípios basilares do processo civil são expressamente previstas na Lei 9.307/1996 e o desantendimento legal implica na nulidade da decisão (arts. 24, 26 e 32).

Para não deturpar o intuito de celeridade do juízo arbitral, como ocorre nos juizados especiais, cuja morosidade atual para o julgamento do processo é, por vezes, pior do que a justiça comum, a decisão dos árbitros, obrigatoriamente, respeita o prazo estipulado pelas partes, ou se não houver ajuste a respeito, seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, sob pena de nulidade (arts. 23 e 32, VII, da Lei 9.307/1996).

31. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33.

32. *Idem*, p. 41.

33. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39.

A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996).³⁴ A Lei 9.307/1996 não prevê medidas coativas para o cumprimento da sentença, de modo a conduzir a parte prejudicada ao Judiciário, caso a sentença arbitral não seja cumprida espontaneamente. Todavia, o comprometimento dos usuários da arbitragem se destaca porque o inadimplemento da sentença ocasiona consequências de ordem moral pior do que às processuais. Atualmente, os principais usuários da arbitragem são empresas de grande porte e o descumprimento da sentença abala sua imagem e credibilidade e repercutem seriamente no mercado.

“A obrigação moral carregada à parte sucumbente, de cumprir o laudo que lhe é desfavorável, somam-se, portanto, vários outros elementos de pressão que estão longe de ser qualificados como meramente psicológicos. O primeiro deles pode ser vislumbrado na imagem negativa formada em relação ao inadimplente; o segundo refere-se ao custo e aos riscos do processo estatal de impugnação dos laudos (considerando-se a especialização cada vez maior dos órgãos arbitrais, tende a diminuir o número de decisões estatais que anulam laudos arbitrais); o terceiro concretiza-se nas sanções corporativas (como se vê no Juízo Arbitral da Bolsa de Mercadorias e Futuros, que impede o inadimplente de continuar a atuar no mercado se deixar de cumprir a decisão, o que atinge as raias de um verdadeiro boicote)”.³⁵

Por suas características, regras procedimentais e semelhanças ao rigor do processo judicial, a arbitragem é alternativa efetiva de prestação jurisdicional e repercute positivamente, pois alivia parte do problema de excesso de processos enfrentado pelo Judiciário. Tal problema influencia na má qualidade da prestação jurisdicional estatal, porque para atender todas as demandas em tempo razoável e evitar a morosidade, o magistrado não tem condições de consultar, com mais profundidade e reflexão, outros profissionais e, por vezes, o objeto do litígio envolve temas especializados e inusitados que ultrapassam a sua experiência e conhecimento. Os árbitros, por sua vez, em razão de suas especializações, têm melhores condições de examinar a controvérsia, mediante consultas em reuniões periódicas com diversos profissionais.³⁶

“Os julgamentos arbitrais combinam uma série de elementos preciosos para uma solução excelente da lide. Além da economicidade, decorrente da simplicidade, do informalismo e da tecnicidade dos julgadores, há o fator temporal, que é de suma importância nos dias de hoje. É que os juízes arbitrais estão

34. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 46.

35. Idem, p. 303.

36. MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem e o processo judicial. *Revista do Advogado* 75/61-66. São Paulo: AASP, abr. 2004.

mais capacitados a fornecer uma prestação adequada do que o próprio Judiciário, cujos membros não podem dominar absolutamente toda a vasta gama de assuntos que lhes chegam para apreciação”.³⁷

O conhecimento e a divulgação da arbitragem à população, bem como a prática, naturalmente aprimorará ainda mais o instituto, hoje ainda discreto, se comparado com o seu sucesso nos demais países. A expectativa da propagação da arbitragem no Brasil é positiva, por causa de seus benefícios e porque se cogita a sua utilização – se tratar de direito patrimonial disponível – para discutir áreas do direito oriundas do progresso da sociedade, tais como questões da administração pública³⁸ e ambientais.³⁹

No contexto de evolução da sociedade e dos direitos, o aumento de conflitos sociais aliado aos problemas atuais enfrentados pelo Judiciário corrobora a insuficiência estatal de prestação jurisdicional mais eficiente, efetiva e célere de todos os conflitos de interesses levados à sua apreciação.

Em consonância com o perfil participativo do Estado na sociedade, percebe-se uma tendência de supressão de impotência por meio do surgimento de novos institutos. É o caso do Seguro de Saúde Privado, que surgiu para suprir a falha do Estado na prestação de assistência à saúde do cidadão. Também é o caso da introdução da arbitragem no Brasil como meio extrajudicial de prestação jurisdicional para suprir a impotência estatal de atendimento de todas as demandas contingentes na sociedade contemporânea.

Assim, constatadas a evolução da sociedade brasileira, o surgimento de novos direitos, a crise do Judiciário, o surgimento da arbitragem como medida positiva de prestação jurisdicional, resta avaliar se tal instituto adequa-se ao sistema registral imobiliário brasileiro, cujas particularidades podem ou não incompatibilizar os dois institutos.

3. CARACTERES DO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

O capítulo discorre as principais características do sistema registral imobiliário brasileiro contemporâneo. Para tanto, aborda a sua origem, o núcleo ideal de transcrição dos atos jurídicos relevantes à propriedade imobiliária, elementos informativos, características, efeitos e benefícios à sociedade. Para enriquecer o estudo, o capítulo destaca críticas atuais provenientes das características do sistema registral imobiliário brasileiro. Ao final, o capítulo serve

37. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 192-199.

38. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 62.

39. FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter) nacional?* Campinas: Millennium, 2006. p. 3.

como preparação da reflexão sobre a inter-relação entre a arbitragem e o sistema registral imobiliário.

A essência individualista do homem, a evolução das sociedades mundiais, o aumento demográfico da população e a origem dos direitos motivam o homem a criar mecanismos de segurança e de definição de titularidade dos bens adquiridos durante o progresso. Nos primórdios, a propriedade se destaca como resultado do progresso e da luta pela sobrevivência. Especialmente a propriedade imobiliária, reflete a necessidade do homem em fixar-se para constituição de família, trabalho e progresso.

O sistema sesmarial, através do qual a Coroa doa aos capitães uma área de dez léguas, origina a propriedade imobiliária, na sociedade brasileira, e vigora até 1822, quando a Resolução de 17 de julho o suspende. A Constituição de 1824 considera a propriedade como base dos direitos civis e políticos dos cidadãos e, por isso, prevê a inviolabilidade da casa (art. 179, VII) e a garantia da plenitude do direito de propriedade, quando da desapropriação, em caso de interesse público (art. 179, XXII).⁴⁰ Em 21.10.1843, a Lei orçamentária 317 cria o primeiro registro geral de hipotecas. E, em 1850, a publicação da Lei 601, conhecida como “Lei de Terras”,⁴¹ simboliza um marco para o posterior surgimento do sistema registral imobiliário brasileiro.

Com o advento da “Lei de Terras”, por meio dos procedimentos de “revalidação” e “legitimação”, o Estado proporciona maior certeza jurídica em relação às terras e transforma as doações sesmarias e as ocupações primárias em domínio pleno. A partir da sua aprovação, o domínio da terra deixa de ser da Coroa, torna-se apropriável como mercadoria e estabelece o sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil. As terras devolutas destacam-se das de titularidade legítima de particular e introduz o registro do vigário. Embora seja o primeiro registro de posse da terra, a declaração do possuidor ao vigário, em cada freguesia ou paróquia, para separar as áreas públicas das particulares não revela confiança, porque os vigários e a Igreja são proprietários de muitas terras.⁴²

“O registro paroquial não operava a transferência da propriedade, nem era forma aquisitiva de propriedade imóvel, por ter objetivo estatístico, procurando fazer tão somente um levantamento dos possuidores de terras, qualquer que

40. NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 103.

41. DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

42. LOPES, José Reinaldo Lima. *Op. cit.*, p. 335.

fosse o título de sua propriedade, obrigando-os a fazer o registro dentro do prazo marcado. Esse registro não conferia publicidade, e, com isso, os requerentes podiam sofrer reivindicações”.⁴³

Apesar do cunho estatístico do registro paroquial e de sua inaptidão para comprovação da transferência de propriedade, simboliza indício da criação do sistema cadastral. Até hoje, discute-se o registro do vigário, em ações declaratórias de domínio, para demonstrar o início da cadeia dominial do imóvel. Em 04.06.2009, o STJ julgou o REsp 389372/SC, extraído de ação declaratória de domínio pleno de ilha ocupada pelo possuidor. O cerne do litígio envolveu a incompleta cadeia dominial do imóvel, por inobservância da Lei de Terras quanto ao cumprimento das condições para o procedimento da “legitimação”, bem como a suposta força dominial do registro paroquial. O STJ adotou a tese sustentada pelo STF no julgamento dos RE 79.828-5/GO e 80.416/GO, que afastou a transferência de propriedade pelo registro paroquial, o acolheu como força probante do fato da posse e reconheceu a ausência de publicidade, em desarmonia com a característica inerente ao Registro de Imóveis. Portanto, pelo cunho estatístico do registro do vigário e por não haver publicidade, característica própria do Registro de Imóveis, é incapaz de induzir a propriedade.

Com o desenvolvimento da sociedade brasileira, especialmente no tocante à aquisição de terras pelo cidadão, houve a necessidade de criar um sistema que garanta e torne seguro o domínio. Inicialmente, protege-se a propriedade contra atos expropriatórios do Estado, já que, juntamente com a vida, a propriedade “envolve um direito negativo, de proteção contra o poder do soberano, o direito a não ser oprimido, expropriado, maltratado”.⁴⁴ Depois, a proteção se estende contra o esbulhador particular.

Assim, sob a influência do sistema francês, cuja transmissão da propriedade se faz por força contratual e o seu registro é mera publicidade do ato, e do germânico, cuja transcrição do ato no registro institui o domínio (cadastro), o Código Civil de 1916 introduz o sistema registrário. Em que pese à expectativa de torná-lo seguro e confiável, o sistema cadastral de propriedade brasileiro não atinge o rigor do germânico e, por isso, a presunção de domínio é relativa, ou seja, admite-se prova em contrário.

“Todavia, em breve se sentiu a insuficiência de tal disciplinação completada, sete anos mais tarde, pela Lei 4.287, de 07.02.1924, que reorganizou os registros públicos instituídos pelo Código Civil. A imperfeição desse diplo-

43. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 18.

44. SORJ, Bernardo. Op. cit., p. 103.

ma, revelada pela experiência, conduziu à promulgação de outro Regulamento dos Registros Públicos, ou seja, o Dec. 4.857, de 09.11.1939. Após quase quarenta anos de inestimáveis serviços, esse regulamento foi substituído pela Lei 6.015, de 31.12.1973, que, com as modificações trazidas pela Lei 6.216, de 30.06.1975, entrou em vigor no primeiro dia do ano de 1976”.⁴⁵

Atualmente, o art. 236 da CF/1988 prevê o exercício da atividade notarial e registral em caráter privado e por delegação do Poder Público, ou seja, por meio da “concessão ou a transmissão de um *poder*, atribuído ou inerente a uma pessoa, promovido por esta a outrem para que pratique atos, que lhe eram confiados, ou exerça função, que lhe era atribuída ou confiada” (destaque do autor).⁴⁶ A delegação decorre de concurso público, cuja nomeação do oficial de registro se dá pelo Poder Executivo. As Leis 6.015/1973 e 8.935/1994 e as normas editadas pelo Poder Judiciário, por meio da Corregedoria-Geral da Justiça regulamentam tais atividades.

O Registro de Imóveis é órgão público, de caráter privado, e integra o Judiciário. Em virtude disso, os oficiais de registro são profissionais do direito, dotado de fé pública (art. 3.º da Lei 8.935/1994) e, sob o aspecto processual, são auxiliares à justiça, pois atuam como “pessoas estranhas ao tribunal e às partes, que realizam no processo operações requeridas pelas partes ou pelos órgãos do tribunal para os fins do processo e necessárias ao desenvolvimento regular da função jurisdicional”.⁴⁷

Na condição de órgão integrante ao Judiciário, o Registro de Imóveis contribui com a pacificação social, porque a atividade registral define as situações jurídicas imobiliárias, as torna seguras, e, por vezes, inibe o surgimento de conflitos. Logo, se a certidão de propriedade imobiliária atesta quem é o atual proprietário, inibe ou, ao menos, alerta terceiros de eventual negociação por quem não é proprietário, e conseqüentemente, evita o impulso da demanda perante o Judiciário ou órgão arbitral. Da mesma forma ocorre ao interessado em adquirir imóvel penhorado, cujo conhecimento da circunstância se dá ao consultar a matrícula.

O Registro de Imóveis é o órgão responsável por arquivar e exteriorizar as informações jurídicas relevantes ao imóvel. A publicidade dos atos jurídicos, como medida de segurança, de salvaguarda dos direitos de terceiros e das futuras transações é o núcleo ideal motivador do surgimento do Registro Imo-

45. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 5, p. 396.

46. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 247.

47. CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 109.

biliário.⁴⁸ No contexto da publicidade, a legislação condiciona a validade de atos jurídicos referentes à transferência de imóveis a transcrição no Registro de Imóveis. Daí a importância de tal órgão, conceituado como:

“Denominação legal atribuída ao cartório ou ofício público, a que se comete a atribuição de promover o registro da propriedade imobiliária, a fim de que se assegurem aos respectivos titulares os direitos de propriedade ou os direitos reais, que sobre ela incidirem. Nele se processam as *transcrições*, necessárias à validade e publicidade jurídica da aquisição e transferência da propriedade, bem assim as *inscrições* relativas aos encargos reais, que venham a pesar sobre elas, e as respectivas averbações, acerca de fatos que afetam a propriedade, cuja aquisição ou transferência já constem do Registro, ou acerca de atos que venham anular os fatos ali inscritos. O Registro de Imóveis ou Registro Imobiliário, pois, é o ofício privativo à propriedade imobiliária, podendo, no entanto, ser cumulado a outros ofícios”.⁴⁹

Com o enfoque mercantilista, a propriedade imobiliária propicia negócios jurídicos variáveis e adequados aos interesses do cidadão e do Estado contemporâneo. Muitos negócios jurídicos tornam válidos através da atividade registral.

As atividades registrárias atendem aos interesses públicos, porque controlam o tráfego imobiliário e permitem à “administração pública um meio permanente de conhecimento e controle da transformação da propriedade imobiliária, a qual repercute em vários ramos do direito”,⁵⁰ como o fiscal, por exemplo. Atendem aos interesses particulares, pois, sua publicidade, autenticidade e eficácia dos atos jurídicos garantem a segurança jurídica da propriedade e, conseqüentemente, assegura a dignidade humana ao fomentar a economia e propiciar bem estar social.⁵¹ Atendem à técnica dos atos registrários, porque se submetem à análise rigorosa do oficial, em conformidade com os pressupostos e princípios registrais.

Sob o aspecto geral, as atividades registrárias atendem aos interesses do brasileiro e do Estado, porque a expansão dos negócios imobiliários é responsável

48. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 30.

49. DE PLÁCIDO E SILVA. *Op. cit.*, p. 692.

50. CENEVIVA, Walter. *Manual do registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 42.

51. BRANDELLI, Leonardo. A função econômica e social do registro de imóveis. In: _____. (coord.) *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007. p. 202

pelo desenvolvimento econômico e a atividade registral propicia as negociações imobiliárias, através do fornecimento de autenticidade, segurança e de eficácia dos atos jurídicos (art. 1.º da Lei 6.015/1973 e art. 1.º da Lei 8.935/1994). Hoje, o Registro de Imóveis também presta papel importante na proteção ao meio ambiente, porque as averbações de áreas contaminadas e de mananciais tornam o negócio transparente, servem de controle e de fiscalização.⁵²

Até o momento, o capítulo destaca a origem do sistema registral imobiliário e os benefícios propiciados à população e ao Estado contemporâneo. O estudo avança para abordar as regras do direito registrário imobiliário, cujo atendimento revela o comprometimento do Registro de Imóveis de definir as situações jurídicas imobiliárias e de propiciar o bem estar social, mediante prestação qualificada das atividades registrárias.

Tanto os princípios como as regras são espécies de normas jurídicas,⁵³ cuja distinção complexa depende do grau de abstração, determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da ideia de direito e natureza normogenética. Os princípios são normas com grau de abstração maior do que o das regras; por serem os princípios vagos e indeterminados a sua aplicação carecem de mediações concretizadoras, enquanto nas regras, sua aplicação é direta; em razão da posição hierárquica dos princípios, sua natureza é estruturante e fundamental no ordenamento jurídico; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo funcional e por fim, os princípios são fundamentos de regras, ou seja, normas situadas na base da regra jurídica.⁵⁴

No direito imobiliário, os princípios registrais são informativos, diretivos e não seguem “aquelas ideias ou normas absolutas, universais ou axiomáticas que dominem e tenham de servir de base necessária à regulamentação imobiliária”.⁵⁵

“[A]o lado do conceito lógico e filosófico do princípio cabe o conceito jurídico do mesmo, o qual não tem por que supor uma verdade imutável e

52. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O Registro de imóveis no século XXI*. São Paulo: IRegistadores. Disponível em: [<http://registadores.org.br/o-registro-de-imoveis-no-seculo-xxi>]. Acesso em: 03.11.2009.

53. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

54. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

55. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Irib e Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 196.

evidente por si só, um axioma inconcusso, mas basta que se configure como uma orientação geral, como uma direção fundamental que, informando a regulamentação imobiliária e dotando-a de sentido unitário, merece elevar-se à categoria de regra caracterizadora, de traço típico de um sistema registral”⁵⁶ (“destaque do original”).

Dessa maneira, os princípios registrais não assumem o significado complexo da aceção principiológica e referem-se a meros caracteres, efeitos⁵⁷ e pressupostos registrais,⁵⁸ úteis para auxiliar seus operadores. São “criações técnicas, instrumentos idôneos destinados a alcançar finalidades específicas perseguidas pela instituição registral”.⁵⁹ Sanz Fernández critica a valoração dos princípios registrais imobiliários como regras absolutas e imutáveis e alerta a necessidade de separar a apreciação dos princípios ante o Direito positivo e ante a ciência pura do Direito Imobiliário para fixar o seu valor jurídico. Assim:

“[A]nte o Direito positivo, para ele, os princípios hipotecários cumprem uma função semelhante à que no Direito civil cumprem os princípios gerais do Direito. Portanto, seu valor se manifestará sob algum dos seguintes aspectos: ou como instrumento de interpretação do Direito positivo, ou como norte orientador da jurisprudência hipotecária, ou como fonte do Direito Imobiliário.

Frente a este relevante papel dos princípios hipotecários na esfera do Direito positivo, ante a ciência pura do Direito imobiliário, pelo contrário, “o valor dos princípios é limitadíssimo e quase nulo”⁶⁰ (“destaque do original”).

Os “princípios informativos” não são valorados em um plano de igualdade, porque alguns decorrem de normas gerais desenvolvidas mediante preceitos positivos e específicos, outros são autênticas instituições jurídicas, outros são meros aspectos formais ou de organização do sistema registral, outros estão dotados e operam com eficácia substantiva ou material e outros são consequências de um princípio fundamental.⁶¹ De fato, alguns princípios são normativos porque decorrem da lei, tais como o da especialidade e da publicidade, outros são dogmáticos e decorrem de reflexão doutrinária, como a taxatividade, por exemplo.

56. Idem, p. 198.

57. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 27.

58. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 199.

59. BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 35.

60. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 200.

61. Idem, p. 201.

Em razão da complexidade do termo “princípio”, bem como da ausência de conceito unívoco, o estudo menciona “princípios informativos” para denominar características, pressupostos e efeitos da atividade registral. Todos estão associados entre si de modo a formar um sistema indissociável, ou seja, seus pressupostos, características e efeitos não são analisados isoladamente, mas em conjunto, para melhor entender o ideal do Registro de Imóveis.

Recomenda-se aos operadores do registro imobiliário o atendimento aos “princípios informativos”, para o fiel cumprimento das regras registrais, mas a valoração de tais “princípios” não deve ser igual, pelas razões explicadas no parágrafo anterior. Assim, são norteadores do registro imobiliário: (a) especialidade; (b) publicidade; (c) prioridade; (d) unitariedade; (e) taxatividade; (f) continuidade; (g) instância; (h) da inscrição ou do Registro; (i) *tempus regit actum*; (j) disponibilidade; (k) legalidade ou legitimidade; (l) presunção de Eficácia do Registro; (m) cindibilidade; (n) autotutela.⁶²

A especialidade (art. 225 da Lei 6.015/1973) associa ao pressuposto da publicidade, pois se refere à individualização precisa do imóvel (especialidade objetiva – art. 176, § 1.º, II, “3”, da Lei 6.015/1973) e das pessoas envolvidas nos atos registráveis (especialidade subjetiva – art. 176, § 1.º, III, “2”, da Lei 6.015/1973), de modo a atender a descrição completa e real das condições do imóvel.

Esse importante princípio tem sido mitigado em algumas situações a fim de que sua aplicação não obste o tráfego de transações envolvendo imóveis transcritos, sendo admitidas que descrições imprecisas, constantes de antigas transcrições sejam mantidas quando da abertura de matrículas, desde que haja elementos mínimos para se determinar a situação do imóvel e seja transmitido ou onerado por inteiro, isto é, desde que a nova matriz a ser aberta o abranja em sua totalidade.⁶³

Para evitar o registro de atos irrelevantes, pelo princípio da cindibilidade, permite-se ao oficial registrar parte do título e “separar do título o que comporta registro, afastando o que não puder ser registrado”.⁶⁴ Afinal, há direitos que não são registráveis, outros que são, porém não o precisam de o ser e outros que precisam ser registrados.⁶⁵

62. KONNO, Alyne Yumi. *Registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007. p. 9.

63. *Idem*, p. 20.

64. *Idem*, p. 51.

65. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, [19-?]. p. 209.

Ao individualizar os atos jurídicos relevantes ao imóvel, a titularidade e as variações dos atos jurídicos tornam-se públicas e acessíveis a todos (princípio da disponibilidade). Dessa maneira, fornece a sociedade elementos para melhor embasar suas decisões de celebrar ou não determinado negócio jurídico, após verificação das condições físicas e jurídicas do imóvel. Por outro lado, a publicidade garante ao proprietário a oponibilidade “erga omnes” de seu direito, ou seja, lhe cria uma obrigação negativa de não infração ao seu livre exercício do direito de propriedade. A publicidade não é absoluta, pois por determinação legal ou judicial, algumas informações são mantidas em sigilo.⁶⁶

Os atos públicos inerentes ao imóvel atendem à ordem cronológica dos acontecimentos. Daí também o “princípio” da prioridade se associar ao pressuposto da publicidade. Quando diante de concurso de direitos reais sobre um mesmo imóvel, prevalece o título previamente assentado. A regra não é absoluta, pois “somente títulos contraditórios, ou seja, que envolvam o mesmo imóvel e gerem direitos concorrentes estão subordinados à rigorosa ordem de prenotação”.⁶⁷

Dentro da estrutura instrumental, os cadastros dos atos jurídicos dos imóveis se concentram em matrícula individualizada, ou seja, “cada imóvel terá matrícula própria que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito” (art. 176, § 1.º, I, da Lei 6.015/1973) (unitariedade). A matrícula é o documento onde constam as descrições do imóvel, das pessoas e dos atos jurídicos relevantes ao imóvel e, exterioriza as alterações circunstanciais.

As atividades registrárias relacionam-se diretamente aos direitos reais, até porque o seu núcleo é a propriedade imobiliária. Por vezes, são responsáveis por validar e constituir os direitos reais (efeito constitutivo). A taxatividade é caractere jurídico dos direitos reais e, por isso, tais direitos dependem de expressa previsão legal. Assim, o Código Civil e leis posteriores estabelecem a obediência ao “*numerus clausus*”, de maneira a vedar a sua criação por livre pactuação.⁶⁸ Em razão da inter-relação entre os direitos reais e o Registro de Imóveis, é comum estender o caráter de taxatividade às atividades registrárias, porque “impede que atos irrelevantes ou que visem apenas causar prejuízos ao detentor do direito real possam alcançar indevidamente o fólio real”.⁶⁹

66. KONNO, Alyne Yumi. Op. cit., p. 27.

67. Idem, p. 29.

68. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4, p. 19.

69. KONNO, Alyne Yumi. Op. cit., p. 32.

Os registros dos atos obedecem à ordem cronológica das circunstâncias do imóvel. Associada ao “princípio da prioridade”, a regra da continuidade permite a descrição ordenada dos atos jurídicos relevantes ao imóvel para publicar, com precisão e clareza, as relevâncias circunstanciais do imóvel.

A iniciativa do interessado para proceder ao registro é característica do sistema registral imobiliário. Assemelha-se com o princípio da ação e da inércia do juiz, estudados na teoria geral do processo, segundo os quais cabe à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional.⁷⁰ A regra não é absoluta porque é possível o registro de atos de ofício pelo registrador, como ocorre na retificação de erros materiais não comprometedores à situação do imóvel. Cabe ao registrador diligente a avaliação cuidadosa do ato a ser registrado, sem a iniciativa do interessado. Por outro lado, depende da oitiva de interessados atingidos para o decreto de nulidade do registro.

O efeito básico do registro dos atos é constituir o direito real.⁷¹ A constituição do direito real implica na observância das exigências legais contemporâneas ao registro, e não as regras vigentes na ocasião da lavratura do título (princípio da inscrição e do “tempus regit actum”). Além do efeito constitutivo, o registro presume eficácia até prova em contrário ou, até o seu cancelamento, por provocação de interessado.

A concretização do registro do ato depende da análise das exigências legais. Para tanto, o oficial de registro assume papel de fiscal da lei ao analisar, com independência e autonomia, a legalidade dos títulos antes de efetivar o registro, ou seja, qualificá-los. “A qualificação registrária é a constatação feita pelo registrador de que o título apresentado preencheu os requisitos legais para seu ingresso no fólio real”.⁷² Tal incumbência decorre do pressuposto da legalidade ou legitimidade e evita o registro de atos nulos ou em desacordo com a lei.

As características, efeitos, “princípios” e regras registrais servem para orientar o operador do sistema registral imobiliário e não para engessá-lo e inutilizá-lo na sociedade. As aquisições imobiliárias são resultados da progressão da sociedade e do surgimento dos direitos. Por vezes, a interpretação errônea dos “princípios informativos” ou exceder a formalidade contraria o propósito do sistema registrário imobiliário de disponibilizar a sociedade, a publicidade dos

70. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 57.

71. DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registro de imóveis cit.*, p. 27.

72. FIORANELLI, Ademar; SANTOS, Flauzilino Araújo dos; SILVA, Ulysses da. *Penhora e cautelares no registro de imóveis*. São Paulo: Irib, 2005. p. 21.

atos jurídicos relevantes e pertinentes ao imóvel, para assim influir na circulação de riquezas ou nas relações jurídicas, de modo geral. “O caráter burocrático de sua função, juntamente com a exatidão formal inerente ao registro, criam focos frequentes de irritação para os interessados”.⁷³ O sistema registral deve acompanhar as variáveis pertinentes ao imóvel, sob pena de frustrar a prometida segurança jurídica e, conseqüentemente, corroborar o aumento de conflitos de interesses.

Por outro lado, a pretensão não é o abrandamento do sistema sem a observância de seus caracteres a ponto de comprometer sua seriedade e objetivo. A expectativa do usuário é a execução eficiente e eficaz do serviço registral de modo a contribuir com o desenvolvimento da sociedade.

Atualmente, constata-se aspectos negativos acerca do sistema registral imobiliário brasileiro. A título de ilustração, destaca-se a falta de harmonização dos procedimentos notariais e registrais em decorrência da não integração dos notários e registradores. Tal desarmonia obstaculariza a eficiência e eficácia da atividade registral. Por causa de disputa de ego entre os profissionais, por vezes, os títulos não são registrados, o que frustra o usuário e, conseqüentemente, a sociedade.

“A percepção defectiva provoca resistências e conflitos de grande interesse para a qualificação notarial e registrária. Um dos ruídos muito comuns, ocultos por detrás de laudas e laudas de notas devolutivas, é o conflito de gerações. Muita vez, um registrador mais velho provoca o noviço tabelião com o oferecimento de exigências e mais exigências para o registro da escritura, por não acolher as inovações trazidas pelo jovem notário, ainda que dotadas de razoabilidade. Na verdade, tal comportamento oculta um conflito de egos, decorrente do conflito de gerações.”⁷⁴

A não integração não decorre somente da relação entre os notários e os registradores. A disputa de egos ocorre também entre os demais profissionais de direito e os registradores, como no caso de cumprimento de títulos judiciais com qualificação irregular, sob pena imposta pelo juiz de desobediência, ou nos embates provocados por advogados desconhecedores do sistema registral imobiliário focado apenas nos interesses particulares do seu cliente. A disputa de egos implica na ausência de agilidade dos registradores e, conseqüentemente, prejudica a sociedade.

73. CENEVIVA, Walter. Op. cit., p. 38.

74. BORTZ, Marco Antonio Greco. Notários e registradores: uma visão integrada. São Paulo: IRegistadores. Disponível em: [<http://registadores.org.br/notarios-e-registradores-uma-visao-integrada>]. Acesso em: 14.06.2012.

Preocupados com a opinião da sociedade, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil solicitou ao Instituto de Pesquisa Datafolha a pesquisa para constatar como a população usuária dos serviços notariais e registrares percebe a imagem dos cartórios.⁷⁵ A população reconhece a honestidade, competência, seriedade, confiabilidade e credibilidade dos Cartórios. Todavia, constata a ausência de “traços de modernidade”, de forma a frustrar sua expectativa no tocante à tecnologia, inovação, agilidade e visão de futuro. Além disso, o resultado apurou que: 64% dos usuários percebem a atividade cartorária muito desgastante; 60% reclamam da demora nas filas; 31% desistem de utilizar a atividade cartorária em razão da demora e do mau atendimento; 24% entendem que os cartórios são “atraso de vida” e; 19% afirmam não confiar nos documentos registrados em cartórios.

Independentemente do resultado da pesquisa, o sistema registral brasileiro atual se preocupa com a evolução dos direitos dos homens contemporâneos e procura adaptar-se, sem deixar de atender às regras fundamentais registrares, principalmente o atendimento às normas jurídicas. A atividade registral é uma necessidade social importante para regular o estado do imóvel, publicar atos jurídicos relevantes, definir situações jurídicas, tornar seguras as relações e prevenir conflitos – o que contribui com o ideal de pacificação e bem estar social.

4. A INTER-RELAÇÃO ENTRE A ARBITRAGEM E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

Depois de abordar a arbitragem como medida positiva de prestação jurisdicional e de atenuação do cenário de crise do Judiciário, o estudo discorre sobre o Registro de Imóveis. Avança para a aproximação dos institutos da arbitragem e do Registro de Imóveis, porque se percebe a tendência do desenvolvimento dos negócios jurídicos imobiliários registráveis e da adesão à arbitragem para solução de conflitos, por ventura, existentes em tais negócios. Tanto a formação dos negócios jurídicos imobiliários como a adesão à arbitragem decorre da autonomia da vontade. Por vezes, os interessados optam pela solução de conflitos de interesses imobiliários por meio da arbitragem. Ou ainda, pode

75. A iniciativa da Associação (Anoreg) demonstra a preocupação dos Registros de Imóveis em melhorar o seu desempenho para tornar a atividade registral cada vez mais eficiente e eficaz. A metodologia da pesquisa foi quantitativa com abordagem pessoal dos 1.010 entrevistados nas saídas dos cartórios, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Distrito Federal e Curitiba. Disponível em: [www.anoregsp.org.br/doc/02.12.Datafolha.doc]. Acesso em: 09.04.2010.

acontecer da divergência, decorrente de negócio jurídico imobiliário registrável, ser resolvida por meio de decisão arbitral.

Contudo, eventual incompatibilidade entre os institutos pode obstaculizar o registro de decisão arbitral no fôlio real, de forma a frustrar o objetivo de publicidade dos atos jurídicos relevantes ao imóvel. O estudo não apura todas as eventuais incompatibilidades, mas limita àquela associada ao “princípio informativo” da taxatividade. A valoração de tal princípio provoca o aparente conflito, com a construção da premissa: o art. 167 da Lei 6.015/1973 prevê, de forma taxativa (se o estudo absorver o “princípio informativo” da taxatividade), o rol dos atos jurídicos registráveis. A sentença arbitral não está inserida no rol exaustivo. Logo, a princípio, a sentença arbitral não é registrável. Se a sentença arbitral não é registrável, os institutos da arbitragem e do Registro de Imóveis não se aproximam. Se assim é, a arbitragem não pode abordar propriedade imobiliária. Porém, a Lei 9.307/1996 autoriza a instituição da arbitragem para solução de conflitos oriundos de direito patrimonial disponível. A propriedade imobiliária é direito patrimonial disponível.

A partir dessa polêmica, os estudos dos capítulos e a premissa introdutória do aparente conflito provocam as indagações: se a sentença arbitral não é registrável e se a arbitragem é meio facultativo e alternativo de prestação jurisdicional, o cidadão é obrigado a demandar judicialmente para a resolução de conflitos relativos à propriedade imobiliária? O rol do art. 167 da Lei 6.015/1973 é mesmo taxativo? De fato, não há previsão legal a permitir o registro da sentença arbitral?

O desafio do capítulo é responder tais indagações, mesmo que não encerre o surgimento de outras relativas a possíveis incompatibilidades existentes entre os institutos, de modo a abrir perspectiva para próximos desafios.

4.1 Rol do art. 167 da Lei 6.015/1973: taxativo ou exemplificativo?

O capítulo anterior aborda as características, regras, efeitos, pressupostos, denominados “princípios informativos” da atividade registrária. Demonstra o caráter norteador de tais princípios e o cuidado a ser tomado na sua valoração jurídica. Afirma ainda a proveniência dogmática (reflexão doutrinária) do “princípio informativo” da taxatividade. Dentro de tal contexto, o art. 167 da Lei 6.015/1973 prevê rol exaustivo dos atos jurídicos registráveis?

O principal bem jurídico envolvido no Registro de Imóveis é a propriedade imobiliária. O art. 1.225, I, do CC/2002 a classifica como direito real. Após reflexão doutrinária, a taxatividade se tornou característica típica dos direitos reais e assim, a conclusão é a dependência de previsão expressa de lei para con-

siderar determinado bem jurídico, direito real. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a obediência ao “*numerus clausus*” e veda a criação dos direitos reais por livre pactuação.⁷⁶

Porque os direitos reais são tidos como taxativos e porque a atividade registral lida com os direitos reais, surge o entendimento doutrinário da taxatividade do rol do art. 167 da Lei 6.015/1973. Por tal entendimento, “nem mesmo por analogia é possível abrir as portas do Registro de Imóveis, para nê se introduzir atos não previstos pela lei”.⁷⁷

Contudo, pelo exposto até o momento, percebe a impropriedade da defesa absoluta da taxatividade do mencionado rol, frente à evolução social e ao conseqüente surgimento de novos direitos. O Direito não é imutável, pois está em constante consonância com a evolução da sociedade e a mudança dos interesses dos seres humanos é motivadora da origem de novos valores e bens jurídicos. A título de ilustração, a perplexidade e o impacto social “provocados pelos problemas decorrentes das inovações das ciências biomédicas, da engenharia genética, da embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde”⁷⁸ motivam a discussão atual sobre novos direitos e deveres na esfera jurídica. O conceito atual de família previsto no art. 226 da Constituição Federal também revela a mudança do direito em razão da evolução da sociedade.

No ramo imobiliário não é diferente. Com a globalização, inovação tecnológica, e as tendências contemporâneas surgem novos negócios imobiliários (shopping center, multipropriedade, por exemplo), por vezes inspirados nos modelos estrangeiros, e precisam ser recepcionados no Registro de Imóveis, seja para validá-los seja para ao menos atender ao dever registral de publicar os atos jurídicos relevantes ao imóvel.

Sob o aspecto legislativo, a taxatividade do rol do art. 167 implica dever de edições infundáveis de leis para introduzir cada novo negócio imobiliário nesse rol. Tal hipótese viabiliza o aumento descontrolado de projetos de leis no Legislativo e a inibição da prática do novo negócio imobiliário enquanto não vigora a lei, o que prejudica o fomento da economia nesse setor.

O estudo demonstra a propagação e a vantagem da arbitragem como meio alternativo e extrajudicial de prestação jurisdicional. Por vezes, a arbitragem pode tratar da propriedade imobiliária, de forma a justificar o ingresso da sen-

76. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil* cit., p. 19.

77. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 142.

78. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

tença arbitral no Registro de Imóveis. Tanto o surgimento de novos negócios imobiliários, como a decisão arbitral é inacessível no fólio real pela análise taxativa do rol do art. 167 da Lei 6.015/1973.

O não acesso ao Registro de Imóveis dos novos negócios imobiliários e das decisões arbitrais sob o argumento da taxatividade do rol do art. 167 é incompatível com a finalidade da atividade registral de publicar todos os atos jurídicos relevantes e pertinentes ao imóvel, bem como resulta no não atendimento aos demais “princípios informativos” do sistema registral, tais como, a especialidade, continuidade e disponibilidade.

Pela análise do art. 172 da Lei 6.015/1973, percebe-se ainda mais a impropriedade do entendimento absoluto da taxatividade do rol do art. 167. Em combate ao entendimento, observa a percepção do legislador. Preocupado em não esgotar os atos jurídicos registráveis, prevê de forma ampla o registro (sentido amplo) de “títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis, reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade” (art. 172). Em tal contexto, “nada obsta a que registros outros, além dos alinhados, possam ser feitos quando previstos em outras leis”.⁷⁹

Diferentemente da amplitude do art. 172 da Lei 6.015/1973, o art. 221 da citada lei prevê restritivamente a formalidade a ser respeitada para o ingresso do ato jurídico no Registro de Imóveis. Logo, diante de um novo negócio imobiliário o seu ingresso no fólio real depende da observância da formalidade prevista no art. 221, assim como ocorre com a exigência formal do art. 166, IV, do CC/2002 para tornar válidos certos negócios jurídicos.

Portanto, o rol do art. 167 da Lei 6.015/1973 não esgota as hipóteses possíveis de registro,⁸⁰ porque admite outras, mesmo não expressamente elencadas, desde que sejam atos referidos no *caput* do art. 172 da Lei Registrária. Mas, a formalidade exigida para o ato jurídico ser passível de registro deve ser cumprida no estrito limite normativo do art. 221, porque as formas ou títulos previstos neste dispositivo são elencados taxativamente.⁸¹ Tal afirmativa é indispensável para enfrentar a indagação principal dessa pesquisa, porque é premissa de sustentação da registrabilidade da sentença arbitral no sistema registral brasileiro.

79. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

80. *Idem*, p. 378.

81. CENEVIVA, Walter. *Manual do registro de imóveis cit.*, p. 104.

4.2 *A registrabilidade da sentença arbitral no Registro de Imóveis brasileiro*

A registrabilidade da sentença arbitral é estudada em relação àquelas regulares, cujo conteúdo seja pertinente ao fôlio real. Escapa ao objeto de estudo a sentença arbitral irregular (descumprimento dos arts. 23 a 33 da Lei 9.307/1996) e em desconformidade com as exigências legais cabíveis a qualquer título (qualificação registrária), porque, por obviedade, não atende aos requisitos específicos para admissão do registro.

Para a aproximação dos institutos, o capítulo anterior trata do caráter exemplificativo do rol previsto no art. 167 da Lei 6.015/1973. Neste capítulo, o estudo encerra o seu alcance com a abordagem da registrabilidade da sentença arbitral sob análise sistêmica do ordenamento jurídico e o seu desenvolvimento se dá em duas fases. Na primeira fase, aborda os pontos em comuns entre os dois institutos para demonstrar a harmonização de seus conteúdos. Na segunda fase, dedica-se à interpretação jurídica dos institutos na medida suficiente para conduzir à conclusão do estudo.

Para apontar os pontos em comuns entre a arbitragem e o Registro de Imóveis, parte-se da indagação: por que os institutos se aproximam?

O aumento dos conflitos de interesses e a necessidade de criar um sistema cadastral da propriedade imobiliária decorrem do desenvolvimento da sociedade e dos direitos. Para suprir tais necessidades, a arbitragem ingressa no ordenamento jurídico como meio alternativo de solução de conflitos de modo a desafogar o Poder Judiciário contemporâneo, e o Registro de Imóveis surge para definir e assegurar as situações jurídicas da propriedade imobiliária. Ambos atendem ao fim coletivo de proporcionar o bem estar social. Por outro lado, o estudo constatou a associação dos institutos à atividade jurisdicional, porque a arbitragem propicia a solução dos conflitos de interesse e o Registro de Imóveis serve como órgão auxiliar à justiça.

A aproximação dos institutos se revela ao analisar o objeto jurídico envolvido. A arbitragem trata de direitos patrimoniais disponíveis e, por vezes, permite discutir a propriedade imobiliária, bem jurídico principal do Registro de Imóveis. É possível identificar a pacificação social como objetivo comum dos institutos, porque a solução dos conflitos de interesses e a definição das situações jurídicas do imóvel inibidoras do surgimento de conflitos estão a ele direcionadas. Por tais análises, é perceptível a harmonização e aproximação da arbitragem e do sistema registral imobiliário.

Constada a harmonização dos institutos, resta iniciar a segunda fase através da hermenêutica jurídica.

Como o direito associa-se diretamente à evolução da sociedade, não milita com signos exatos e, por isso, pode implicar na imprecisão das normas

jurídicas. Tal consequência não prejudica porque motiva o exercício da interpretação jurídica para viabilizar a aplicação do direito em qualquer momento, mesmo diante da evolução da sociedade. A imprecisão das normas jurídicas não permite tornar o direito imutável. Logo, é “um instrumento de que se vale o Direito para se manter atual e dinâmico”.⁸²

No decorrer do estudo, percebe-se o caráter instrumental do sistema registral imobiliário. O seu manuseio condiciona-se ao respeito e à aplicação do ordenamento jurídico. Por tais motivos, o oficial de registro, na condição de operador do direito, emprega os métodos hermenêuticos no exercício da atividade registral para extrair o sentido das normas jurídicas e determinar-lhes conteúdo. Assim, a visão sistêmica e a observância das regras registrais em consonância com ordenamento jurídico tornam a atividade registral eficiente e útil à sociedade.

O significado da lei é revelado pelo exame imparcial do texto, e não pelo subjetivismo do intérprete. A boa técnica recomenda a utilização mista dos métodos interpretativos, tais como, a gramatical em sintonia com a sistemática, lógica, axiológica e histórico-evolutiva. O método gramatical também conhecido como literal leva em consideração a letra da lei para estabelecer o sentido objetivo da lei. O método lógico busca a finalidade da lei, através da “investigação do fim ou da razão de ser da lei para lhe dar o seu real sentido”.⁸³ O método sistemático procura atingir uma visão global e estrutural da lei, em perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico. Dessa maneira, a norma não é interpretada isoladamente, mas, em consonância com as demais. O axiológico é um trabalho construtivo de raciocínio para captar o significado da lei correlacionando-o com outros da lei. Pela teoria da interpretação histórico-evolutiva, uma vez elaborada a lei, passa a ter vida própria, independentemente da pessoa do legislador, de maneira que o seu significado é transformado de acordo com as influências ambientais.⁸⁴

A aplicação isolada do método gramatical ensejou o entendimento da taxatividade do rol previsto no art. 167 da Lei 6.015/1973. Todavia o estudo demonstrou sua impropriedade porque de forma simplista, não força a melhor aplicação do ordenamento jurídico. Portanto, negar a recepção de sentença

82. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 52.

83. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 240.

84. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 279.

arbitral no Registro de Imóveis apenas sob o argumento da taxatividade do rol é precipitado.

Atenta à necessidade de definição das situações jurídicas do imóvel, a Lei 6.015/1973 prevê como “princípios informativos” da especialidade e da publicidade, o dever de constar na matrícula do imóvel a descrição coordenada e contínua dos atos jurídicos relevantes. O estudo aponta a possibilidade da sentença arbitral decidir sobre a propriedade imobiliária, já que também se insere nos direitos patrimoniais disponíveis. Negar a recepção da sentença arbitral no Registro de Imóveis implica desatender tais “princípios informativos” e, conseqüentemente, viabilizar o tumulto no cadastro imobiliário.

Independentemente da taxatividade do rol do art. 167 da Lei 6.015/1973, é possível negar a existência de previsão legal para o registro da sentença arbitral? A resposta é negativa.

Não obstante a arbitragem ser reconhecidamente método alternativo extrajudicial de prestação jurisdicional, o Estado-legislador confere ao árbitro a condição de juiz de fato e de direito, cuja atividade é exercida com autonomia com relação ao Poder Judiciário.⁸⁵ Assim, a sentença arbitral surte os mesmos efeitos da sentença judicial, de modo a ser considerada título executivo judicial.

O estudo aponta ser exemplificativo o rol do art. 167 da Lei 6.015/1973, porque, sobretudo, o art. 172 amplia as hipóteses de inscrição no Registro de Imóveis. Se a sentença arbitral é título executivo judicial e produz efeito de sentença judicial, o art. 221, IV, da Lei 6.015/1973 prevê o seu ingresso no Registro de Imóveis. Contudo, assim como ocorre com a sentença judicial, a decisão arbitral submete-se à qualificação registrária, de modo a viabilizar a verificação do atendimento às formalidades exigidas pelas Leis 9.307/1996 e 6.015/1973.

Com esse exercício hermenêutico, atinge-se o objeto do estudo, mas não encerra a discussão porque surgirão questionamentos práticos acerca da registrabilidade da sentença arbitral, tais como a aparente incompatibilidade do princípio registral da publicidade e do caráter sigiloso do procedimento arbitral. Tais questionamentos abrem perspectivas para novas reflexões.

5. CONCLUSÃO

O primeiro capítulo apontou os primórdios da convivência humana, a evolução da sociedade e do direito. Sob um aspecto negativo, o avanço da tecno-

85. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 229.

logia, a globalização e as mudanças dos interesses dos homens contribuíram com o aumento de conflitos. O Judiciário contemporâneo não acompanhou tais progressos e se tornou deficiente para suportar o aumento dos conflitos de interesses. Em tal contexto, o Estado resgatou a figura jurídica do passado, conhecida como arbitragem, a incrementou e elaborou o procedimento arbitral da Lei 9.307/1996, como meio alternativo de solução de conflitos de forma eficaz e eficiente.

Paralelamente, embora imbuído originariamente do intuito da criação de sistema cadastral rigoroso e minucioso, sob influência germânica e francesa, o Estado criou o sistema registral imobiliário para definir as situações jurídicas da propriedade imobiliária, que também revelou ser resultado do progresso social.

Em que pese às particularidades dos institutos, o estudo identificou a inter-relação da arbitragem e do Registro de Imóveis, principalmente porque ambos podem tratar de bem jurídico comum – propriedade imobiliária.

Em razão de tal aproximação, o estudo avançou para averiguar a registrabilidade da sentença arbitral frente a não previsão no art. 167 da Lei 6.015/1973. Primeiro, constatou o caráter exemplificativo do rol do art. 167 da Lei 6.015/1973 para afastar a negativa da recepção da sentença arbitral no fôlio real, sob a justificativa da taxatividade do rol, diante do art. 172 da Lei Registrária. Por fim, constatou a previsão legal da registrabilidade da sentença, por meio da análise dos pontos em comuns entre os institutos e da aplicação da hermenêutica jurídica frente ao art. 172 da Lei 6.015/1973.

O estudo encerrou sob o alerta de que, apesar da registrabilidade da sentença arbitral, tal decisão submete-se à qualificação registrária assim como a sentença judicial e ao atendimento da formalidade prevista no rol taxativo do art. 221 da Lei 6.015/1973.

O estudo não esgotou o tema porque, por vezes, surgirão incompatibilidades práticas que, aparentemente, podem afrontar os princípios dos institutos, tais como o sigilo exigido na arbitragem frente à publicidade típica do sistema registral.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A convenção de arbitragem nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis como alternativa à tutela jurisdicional substitutiva da declaração de vontade (arts. 466-A, 466-B, 466-C, do CPC), de Marco Paulo Denucci Di Spirito – *RArb* 16/54;
- Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente, de Leonardo Brandelli – *RDI* 52/165;
- Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral, de Marcus Vinicius dos Santos Andrade – *RArb* 15/19; e
- O registro imobiliário. Autonomia financeira e autogestão, de María Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa – *RDI* 61/112.

LUIZ AUGUSTO HADDAD FIGUEIREDO

Mestrando em Direito pela PUC-SP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo do contrato *built to suit* em seus principais aspectos. Nesta perspectiva, busca-se empreender reflexão acerca das notas características dessa relação contratual, destacando-se, dentre outras, as causas que a fundamentam, o interesse jurídico-econômico a ela subjacente, os direitos e deveres de cada parte, as diferenças que apresenta em face de institutos afins e a sua posição diante do direito registral. Por fim, após perquirir sobre o tratamento legal que envolve o tema, discorre-se sobre os critérios que podem nortear a resolução de questões polêmicas que têm surgido em torno do contrato *built to suit*.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – *Built to suit* – Direitos e obrigações – Contrato atípico – Autonomia privada – Revisão, renovação e extinção.

ABSTRACT: This article's purpose is to study the main aspects of the built to suit agreement. From this perspective, we try to reflect on the features of this contractual relation, addressing, especially, its causes, the economic and legal affairs involved, rights e obligations of each part, the differences in comparison with similar agreements and some questions concerning the register law. Finally, once discussed the legal treatment applicable to this subject, we analyze the criteria that may be used to settle polemic issues regarding the built to suit agreement.

KEYWORDS: Agreement – Built to suit – Rights and obligations – Untypical agreement – Private autonomy – Revision, renewal and termination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contrato: considerações gerais: 2.1 Noção de contrato: 2.1.1 O negócio imobiliário; 2.2 Os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade dos contratos; 2.3 Classificação dos contratos: a atipicidade – 3. O contrato *built to suit*: 3.1 Terminologia e contextualização: 3.1.1 Hipótese de estruturação de operação *built to suit*; 3.2 Conceito, principais características e classificação: 3.2.1 Aspectos de contrato de locação e algumas notas distintivas; 3.2.2 Aspectos de contrato de empreitada e algumas notas distintivas; 3.2.3 Aspectos de direito registral imobiliário – 4. Principais direitos, obrigações

e responsabilidades das partes: 4.1 A revisão do contrato; 4.2 A extinção e a renovação do contrato – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário brasileiro passou por intensas transformações nos últimos 20 anos.

Num ambiente de constante interação entre normas jurídicas e fatos econômicos, marcado por graves problemas de crédito e, em certa medida, de segurança jurídica, o surgimento de novas leis, a postura do Poder Judiciário e a atuação de agentes econômicos foram moldando um novo cenário para o mercado imobiliário nacional.

As modificações incorporadas, especialmente na legislação, somadas à estabilidade econômica recentemente alcançada e à carência de investimentos imobiliários (e, mesmo, de moradias) propiciaram uma escalada deste setor da economia.

Nesse contexto, insere-se a operação *built to suit*, contrato originário do direito norte-americano, que veio, de um lado, atender ramos da economia cuja atividade principal volta-se ao varejo, à indústria etc. e, de outro, fomentar os empreendedores da seara imobiliária.

Com efeito, na perspectiva de explorar novos mercados, expandindo negócios, sem, contudo, “imobilizar” capital de investimento, redes do varejo e indústrias enxergaram no contrato *built to suit* uma solução.

Referido contrato, todavia, à vista das peculiaridades que encerra e ante a falta de expressa regulamentação legal, tem suscitado debate em torno de importantes questões jurídicas que, não raro, deságuam no Poder Judiciário.

O presente trabalho tem por escopo, dentro dos seus limites, contribuir para a reflexão acerca de algumas dessas questões, o que se tenta fazer ao traçar os delineamentos gerais sobre o tema em exame.

2. CONTRATO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como matéria introdutória ao estudo do contrato *built to suit*, é de curial importância relembramos os contornos gerais que conformam uma das principais fontes de obrigações:¹ *o contrato*.

1. O termo “fonte” deve ser compreendido como causa geradora e, nessa linha, deve ser lembrada a lição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo a qual, embora se reconheça

2.1 Noção de contrato

A palavra contrato advém do latim *contractus* e significa “ajuste entre duas ou mais partes, no sentido da transferência de algum direito e ou sujeição a alguma obrigação”.²

Adverte, contudo, Orlando Gomes: “A palavra contrato emprega-se em sentido amplo e restrito. Na acepção lata, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acôrdo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral cuja função específica é criar uma obrigação patrimonial”.³

Embora o contrato possa abranger direitos reais e questões pertinentes ao direito de família, ou ao direito sucessório, a disciplina geral do tema está situada no campo do Direito das Obrigações (Parte Especial, Livro I – Do Direito das Obrigações, Título V – Dos Contratos em Geral, do nosso Código Civil).⁴

O contrato pode ser compreendido, a despeito da existência de inúmeras teorias acerca da conceituação do instituto, como um ato jurídico⁵ bilateral, cuja característica marcante está na conjunção de vontades de duas ou mais partes. Trata-se, portanto, de espécie do gênero negócio jurídico.

Ao tratar do tema, Arnaldo Rizzardo pontua: “Depreende-se a necessidade da convergência de duas ou mais vontades para conseguir um mesmo fim ou um resultado determinado. Há um acordo simultâneo de vontades para produzir efeitos jurídicos”.⁶

que a lei é, remotamente, a fonte de quaisquer obrigações (pois é fonte primária dos direitos), toda obrigação envolve um fato humano, ainda que não volitivo (*Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2, p. 36-38).

2. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 213.
3. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 10.
4. Cumpre registrar, todavia, que o instituto do contrato espalha-se pelos mais diversos ramos do Direito, alcançando, inclusive, o direito público. Daí que, sem se afastar de modo absoluto das diretrizes do Código Civil, tem recebido regramento próprio na legislação esparsa.
5. A expressão “ato jurídico” nos remete ao conceito contido no art. 81 do CC/1916 (ato lícito destinado a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos), e que não mais se repete no Código Civil atual, tendo este, inclusive, substituído o termo “ato” por “negócio”.
6. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 5-6.

No que toca aos elementos constitutivos e aos pressupostos de validade do contrato,⁷ assim como previsto para o negócio jurídico em geral, estes aparecem no art. 104 do CC/2002.

Tem-se ali: o agente capaz (inc. I); o objeto lícito, possível, determinado ou determinável (inc. II); a forma prescrita ou não defesa em lei (inc. III).

Arnaldo Rizzardo adiciona a este rol os pressupostos elencados nos incs III e V a VII do art. 166 do CC/2002, além do consentimento e da inexistência de simulação (art. 167 do CC/2002).⁸

Silvio Rodrigues reforça que a coincidência de vontades, o acordo entre as partes é o fator elementar do contrato.⁹

Vale lembrar, como ressalva Silvio de Salvo Venosa, que não existe consenso na doutrina acerca da definição do que sejam elementos, requisitos e pressupostos do negócio jurídico e, igualmente, do contrato.¹⁰

No intuito de discerni-los, Orlando Gomes esclarece que, para que seja válido, o contrato exige a conjunção de elementos extrínsecos (pressupostos) e intrínsecos (requisitos). São pressupostos a capacidade das partes, a idoneidade do objeto e a legitimação para realizá-lo. São requisitos o acordo e a forma.¹¹

Em suma, colhe-se que são elementos essenciais do contrato aqueles indicados no art. 104 do CC/2002, acima referidos. Porém, na aferição de sua validade, não se pode perder de vista os demais pressupostos exigidos pelo Código Civil (v. arts. 166 e 167).

Não obstante, dado o escopo deste trabalho, deixa-se de discorrer sobre cada um dos elementos (pressupostos ou requisitos) acima apontados.

2.1.1 O negócio imobiliário

A partir do exposto no item precedente, pode-se traçar uma compreensão do negócio qualificado pela expressão “imobiliário”.

A doutrina reconhece como negócio imobiliário o negócio jurídico que tem por objeto um bem imóvel ou direitos a ele relativos.¹²

7. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 13.

8. RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 11.

9. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 13.

10. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2, p. 463.

11. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 47-48.

12. AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 315-316.

Na verdade, apenas para nos aproximarmos do campo sob estudo, é válido conhecer em que termos se cunha a expressão em comento.

Desse modo, sem pretensão de rigor científico, concebe-se o negócio imobiliário como aquele negócio jurídico que regula interesses que, em menor ou maior escala, envolvem um ou mais bens imóveis ou direitos que, em certa medida, dele ou deles derivam.

2.2 *Os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade dos contratos*

O contrato, como as demais figuras do ordenamento jurídico, é regido, também, por princípios que norteiam a sua compreensão e auxiliam na conformação de seus fins e de seus limites.

O ordenamento jurídico, compreendido que deve ser como sistema unitário de leis ou normas jurídicas, é informado por princípios, cuja função é orientar e amarrar essa ordem jurídica, de modo a mantê-la íntegra, consagrando, ao final, a unidade do sistema jurídico.¹³

Nos dizeres de Carlos Ari Vieira Sundfeld, “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”. Os princípios, como as regras, integram o ordenamento jurídico, contendo valor normativo e determinando o sentido e o alcance daquelas.¹⁴

Alguns princípios possuem alcance mais amplo e outros, porém, dirigem-se apenas a certas espécies de contrato.

No âmbito deste artigo, nos interessa destacar, inicialmente, o princípio da autonomia privada, segundo o qual aos indivíduos é conferida a liberdade de contratar.

Essa liberdade compreende a decisão (a faculdade) de contratar e a definição do conteúdo do contrato (da espécie, que pode ser atípica, de contrato). Ocorre, portanto, um desdobramento do princípio da autonomia nos espectros mencionados.

Por força desse princípio, os indivíduos criam efeitos jurídicos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

13. A esse respeito, confira-se Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Lazio (coords.)). *Comentários ao Código Civil brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 11, t. 1, p. 137-139).

14. SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 143 e 145-146.

Não obstante, a autonomia privada, tradicionalmente, sempre foi limitada pela lei, à medida que esta impõe a prevalência da ordem pública e dos bons costumes ao interesse particular.

Outra limitação sofrida pela liberdade de contratar advém do princípio do dirigismo contratual, que se manifesta quando o Estado intervém na relação entre as partes e dita certas regras de observância obrigatória, objetivando impedir o absoluto individualismo contratual.¹⁵

De fato, o ordenamento jurídico estabelece normas cogentes, de interesse social, coletivo, reservando o campo dos direitos disponíveis (em geral, de caráter patrimonial) à incidência da liberdade das partes em determinar o conteúdo contratual.

Nessa esteira, o Código Civil prevê que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421).¹⁶

Por outro lado, onde prevalece a liberdade contratual dá-se à lei um papel supletivo, secundário, o que permite seja ela afastada pela vontade expressa das partes.

Não se olvidando da relevância que assumem os demais princípios em qualquer relação contratual, constatar-se-á que o atinente à autonomia privada alcança função de destaque na órbita do contrato *built to suit*.

O relevo do assunto, tanto para o contrato *built to suit* como para outras espécies de contrato, emana da dificuldade de se dimensionar a extensão do princípio da autonomia privada.

O princípio da força vinculante (obrigatoriedade) dos contratos também ganha relevo no seio do presente estudo.

Este princípio nos remete à conhecida ideia de que o contrato é lei entre as partes (desde que observados seus pressupostos e requisitos de existência, validade etc.).

Verte-se no brocardo *pacta sunt servanda* e tem, por objetivo, preservar a segurança das relações jurídicas, de modo que a palavra empenhada seja cumprida.

Todavia, o princípio da obligatoriedade também sofre atenuações, havendo justificativas históricas para tanto, como a ocorrência das duas guerras mundiais.

15. De um modo geral, várias restrições à liberdade de contratar estão espalhadas pelo sistema, como a própria exigência de boa-fé objetiva em todas as fases do contrato, sendo que muitas delas decorrem da ideia de supremacia da ordem pública.

16. A função social do contrato é tema que exige estudo específico e, por essa razão, será abordada apenas pontualmente no bojo do presente trabalho.

Assim, a lei procura manter o equilíbrio contratual, admitindo a revisão, ou mesmo a resolução, contratual diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que acabam por tornar excessivamente onerosa a prestação de uma das partes.

O tema não está isento de discussões, especialmente quando se trata da teoria da imprevisão, e ainda sofre variações na legislação específica, como no caso do direito do consumidor.

Enfim, como se verá, esse princípio, tal qual o da autonomia privada, assume importante papel na análise do contrato *built to suit*, o qual, como também já se disse, sofre influência dos demais princípios contratuais, mas cuja abordagem, para os propósitos deste trabalho, dar-se-á de modo pontual.

2.3 Classificação dos contratos: a atipicidade

Os contratos costumam receber ampla classificação, variável conforme a sua natureza, o tempo de execução, o seu objeto, o modo pelo qual se aperfeiçoam etc.

Importa, aqui, destacar a classificação que se edifica a partir da existência, ou não, de expressa previsão legal acerca de determinado contrato.

Sob esse ângulo, os contratos podem ser divididos em nominados e inominados ou, com igual sentido, em típicos e atípicos.¹⁷

Os típicos são aqueles dos quais a lei se ocupa expressamente, prevendo não só a sua existência, mas, ainda, as regras que o regulam (nem sempre, contudo, esgotando-as, o que confere às partes liberdade de estipulação sobre certos aspectos). Têm, portanto, um *nomen juris*.

Já os atípicos são aqueles que não foram previstos pelo legislador, mas que são admitidos pela lei mediante a observância dos princípios e regras gerais aplicáveis a todo e qualquer contrato.

Os contratos atípicos fundamentam-se no princípio da autonomia privada, como expressão da liberdade de contratar, e derivam, em geral, dos costumes.

Com efeito, o dinamismo da vida em sociedade, a evolução da humanidade e as necessidades daí surgidas, o aumento da complexidade das relações interpessoais e os novos parâmetros de convivência, dentre outros aspectos, exigem

17. No direito romano, essa correspondência não existia. Todavia, atualmente, a doutrina tende a reconhecê-la (embora, ainda hoje, muitos defendam que o fato de um contrato ser nominado apenas indica que este tem um nome, mas não, necessariamente, que é regulado por lei).

uma abertura da lei à criação de novos contratos, cujo fim é melhor regular a nova realidade que se apresenta.

Sensível a essas questões, o legislador do atual Código Civil, inovando em relação à redação do diploma anterior, estabeleceu explicitamente a admissibilidade de contratos atípicos no ordenamento jurídico, ao dispor em seu art. 425 que, *in verbis*: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.¹⁸

Orlando Gomes, debruçando-se sobre o tema da atipicidade (propriamente dita) dos contratos, assinala que “sua originalidade decorre, não raro, da modificação de elemento característico de contrato típico feita sob forma que o desfigura, dando lugar a um tipo novo. Outras vezes é a eliminação de certos elementos secundários de um contrato típico que origina novo contrato. Por fim, interesses novos, nascidos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes efetuam livremente pela ausência de qualquer disciplina legal em cujo padrão possam inspirar-se”.¹⁹

Há, ainda, a figura do contrato atípico misto, que resulta da combinação de formas típicas e, ou, atípicas, formando uma “unidade indivisível, um todo uno e complexo”.²⁰

Álvaro Villaça classifica os contratos atípicos em singulares e mistos, esclarecendo que estes últimos podem se apresentar: a) com contratos ou elementos somente típicos; b) com contratos ou elementos somente atípicos; e, c) com contratos ou elementos típicos e atípicos.²¹

Registre-se, por fim, que essa categoria de contrato (atípico), embora não conte com disciplina expressa, pode sofrer em sua interpretação, especialmente por força da aplicação do instituto da analogia, a influência das regras fixadas para um determinado contrato típico.

A classificação exposta tem sua importância, pois servirá de subsídio para as reflexões a serem delineadas adiante, especialmente no que tange à identificação do tratamento legal ao qual sujeito o contrato *built to suit*.

18. Note-se, todavia, que a estipulação de contratos atípicos já era admitida na vigência do Código Civil de 1916, como natural decorrência da liberdade de contratar.

19. GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 120-121.

20. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 84.

21. *Idem*, p. 144-145.

3. O CONTRATO *BUILT TO SUIT*

3.1 Terminologia e contextualização

A expressão estrangeira *built to suit*²² parece ter se consagrado entre os que se ocupam do estudo dessa espécie de contrato. Embora seja corrente a designação desse contrato como uma locação atípica, o uso do estrangeirismo é encontrado com frequência nos escritos que tratam do tema.

A esse respeito, Rodrigo Ruede Gasparetto esclarece que: “(...) no mercado brasileiro essas operações não têm, ainda, denominação específica, sendo que a expressão mais utilizada é *built to suit*, isto é, o verbo construir (em inglês) no tempo passado e não *build to suit* como é utilizado no mercado americano”.²³

No presente trabalho, sem prejuízo da adoção de equivalentes expressões do vernáculo, prosseguiremos utilizando o termo *built to suit*, pois, conquanto estrangeiro, parece ser o que melhor identifica o assunto abordado.

Quanto à nomenclatura adotada para designar as partes envolvidas nesse tipo de negócio imobiliário, utilizaremos, em linha com a doutrina e sem maior rigor, o termo locador como sinônimo de contratado ou empreendedor (isoladamente ou na forma composta) e o termo locatário como sinônimo de contratante ou usuário (isoladamente ou na forma composta).

A introdução do contrato *built to suit* na economia brasileira perpassa pela evolução histórica que o mercado imobiliário nacional viveu nos últimos 20 anos.

O contrato em comento encontrou campo fértil para o seu desenvolvimento num contexto de ampla reestruturação pelo qual passou, e tem passado, o mercado imobiliário brasileiro.

A criação de novos institutos jurídicos, especialmente sólidas garantias contratuais, permitiu o aprimoramento dos mecanismos de financiamento das operações imobiliárias, facilitando a circulação de riquezas nas cadeias de fornecimento e consumo, o que, por consequência, conferiu pujança a esse setor da economia.

O fortalecimento dos fundos imobiliários e a intensificação da securitização de recebíveis (créditos) imobiliários, ambos impulsionados pela criação

22. Em tradução livre: construído para servir. Alguns traduzem, contudo, como “construir para servir” ou “construção para servir”.

23. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 28.

do patrimônio de afetação, proporcionaram uma ramificação das operações imobiliárias tradicionais, que passaram a ser alimentadas por novos fluxos de investimento.²⁴

Foi nesse contexto de relações entrelaçadas (produtor-consumidor-investidor), lastreadas em garantias legais,²⁵ que o mercado acolheu a operação *built to suit*, permitindo que empresas atuantes em setores distintos do imobiliário direcionassem seus esforços a suas atividades principais, enquanto a empreendedores imobiliários passou a caber a consecução dos imóveis que àquelas serviriam.

Este cenário deve ser levado em conta quando do estudo do contrato sob exame, de sorte a se apreender os fundamentos e os reflexos jurídico-econômicos que o envolvem.

3.1.1 Hipótese de estruturação de operação *built to suit*

Como sugerido no item anterior, o contrato *built to suit* insere-se num contexto de conexão contratual,²⁶ onde são estabelecidas, muitas vezes de modo autônomo, variadas relações que, no fundo, são interdependentes.

O contrato *built to suit*, embora seja composto por características elementares, pode ser concebido a partir de diferentes bases jurídico-econômicas.

Muitas vezes, aliás, esse contrato assume a roupagem de outros institutos afins, correndo o risco de se desfigurar.²⁷

Para ilustrar esse cenário, colacionamos abaixo o desenho de uma hipótese de estruturação de *built to suit*, disponibilizado por uma empresa atuante no setor:²⁸

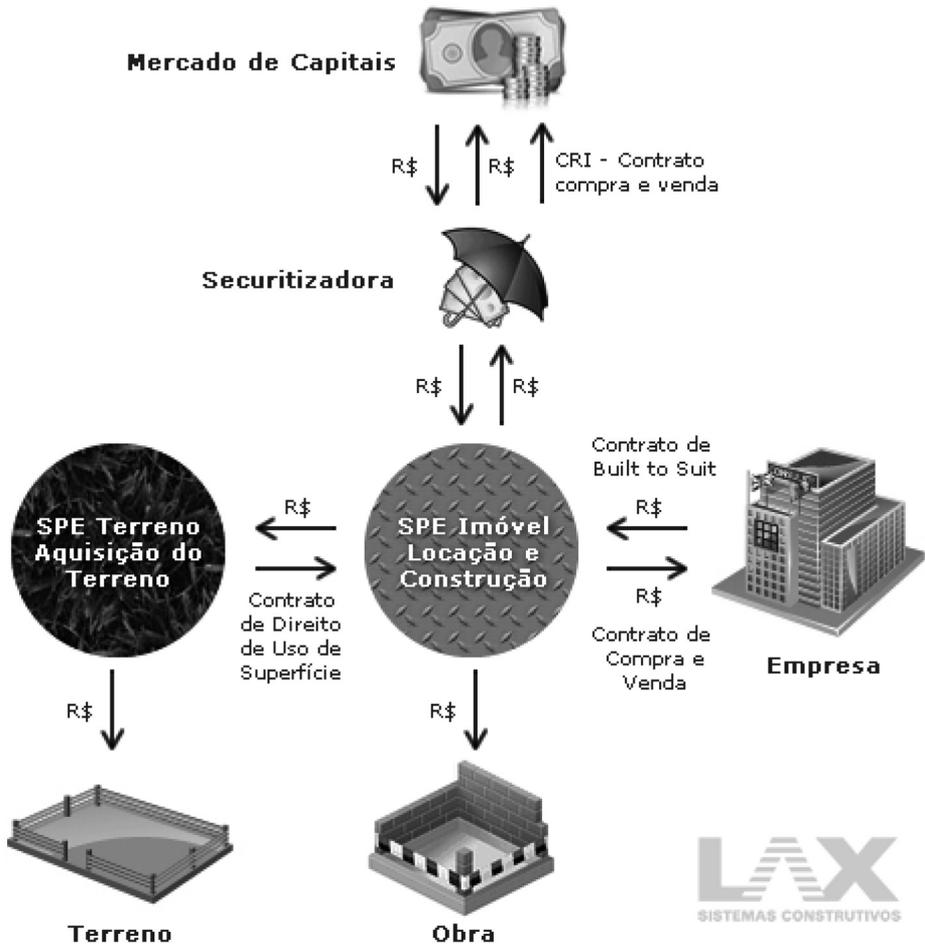
24. Confira-se, a esse respeito, as Leis 8.668/1993, 9.514/1997 e 10.931/2004.

25. Como, por exemplo, a instituição do patrimônio de afetação e a criação da alienação fiduciária de imóveis.

26. Sobre o tema, consulte-se Carlos Nelson Konder (*Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

27. Com efeito, “vestir” o contrato *built to suit* como direito de superfície, se não configura simulação, sujeita-o à disciplina jurídica deste último, o que traz sérias consequências, como o direito de construir, o de alienar o próprio direito de superfície etc.

28. Disponível em: [www.lax.ind.br/produtos-financeiros-imobiliarios/built-to-suit.php]. Acesso em: 08.11.2011.



O referido desenho nos revela algumas possibilidades de negócios que podem ser estruturados em torno do contrato *built to suit*.

Inicialmente, indica que o direito de superfície pode servir de substrato a um contrato *built to suit*, através do qual o superficiário é quem construirá e dará em “locação” o bem.

Vislumbra-se, ainda, a presença de terceiros, investidores, que adquirirão certificados de recebíveis imobiliários (CRIs), emitidos com base nos créditos oriundos de um contrato *built to suit* (“aluguéis”), cujo direito de recebê-los é cedido a uma companhia securitizadora.

Nessa linha, e sem prejuízo de outras estruturas que possam ser licitamente desenhadas, tem-se que o contrato *built to suit* é encontrado num ambiente de contratos conexos, formado pelos mais diversos interesses.

3.2 Conceito, principais características e classificação

Quanto à conceituação do contrato *built to suit*, segundo Gasparetto, “trata-se de um negócio jurídico por meio do qual uma empresa contrata a outra, usualmente do ramo imobiliário ou de construção, para identificar um terreno e nele construir uma unidade comercial ou industrial que atenda às exigências específicas da empresa contratante, tanto no que diz respeito à localização, como no que tange às características físicas da unidade a ser construída. Uma vez construída, tal unidade será disponibilizada, por meio de locação, à empresa contratante, por determinado tempo ajustado entre as partes”.²⁹

É uma nova modalidade contratual, fruto de novas relações comerciais.

Despontam como notas marcantes a encomenda da construção e a locação por longo prazo.³⁰ Aparecem, com igual frequência, a seleção e aquisição de terreno. Há também, muitas vezes, a captação de recursos com terceiros, de um lado, e, de outro, a cessão de direitos creditórios.

“Portanto, verifica-se que a relação contratual do *built to suit* é extremamente complexa, uma vez que envolve a busca adequada do terreno, contratação de construtora, elaboração de projeto específico a ser desenvolvido em determinado prazo, captação de fundos para o investimento, e assim, deveres e obrigações que se diferenciam daqueles de uma simples relação locatícia.”³¹

Aqui, destaca-se a conexidade entre contratos, a qual pode operar entre um contrato principal e o seu acessório ou entre contratos, em tese, independentes, mas que se posicionam numa relação de interdependência, visto que, em virtude da unidade econômica na qual inseridos, sofrem reflexos um do outro.

O *built to suit*, a nosso ver, é o contrato em que uma parte, mediante futura remuneração periódica compatível com a amortização dos investimentos que fará, obriga-se a executar (construir por si ou por terceiros), em imóvel sob seu domínio, que venha a adquirir (por solicitação ou não) ou sobre o qual possa construir e explorar, obra encomendada sob medida, para dá-la, por um prazo mínimo, ao uso e gozo da outra parte.

A partir da conceituação exposta, podemos extrair os principais elementos que compõe essa espécie de avença.

29. GASPARETTO, Rodrigo Ruede. Op. cit., p. 31.

30. PEREIRA, Marcio Adriani Tavares. Contratos *built to suit* sob pontos de vista antagônicos. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 07.01.2008. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.11.2011.

31. ULIAN, Maria Eugênia Gadia. Os contratos *built to suit* e a legislação aplicável. *Migalhas*. 13.09.2011. Disponível em: [www.migalhas.com.br]. Acesso em: 08.11.2011.

É um contrato *intuitu personae*, cujo bem a ser dado em uso é desenvolvido de modo a atender às específicas necessidades de seu usuário. Há, portanto, um investimento pelo empreendedor tendo em mira os interesses do futuro usuário.

A avença engloba a construção ou “personalização” (que pode ser executada por terceiro contratado) de um imóvel que, mediante periódica remuneração, será disponibilizado ao uso e gozo por um longo prazo.

A remuneração levará em conta não só o uso concedido, mas também os investimentos que foram feitos pelo empreendedor-contratado.

Em nossa opinião, a aquisição do imóvel pelo empreendedor, embora comumente verificada, não é imprescindível. Pode, por exemplo, ser parte no contrato aquele que já tem terreno e sobre ele construirá, bem como aquele tem direito de superfície sobre um imóvel (observada a exigência de compatibilidade entre este e o contrato *built to suit*, especialmente quanto a prazo e destinação).

O projeto relativo à construção pode ser elaborado sob responsabilidade de qualquer uma das partes.

O contrato *built to suit*, conforme pensamos, enquadra-se na definição de contrato atípico lançada por Orlando Gomes (v. item 2.3 retro), pois, a uma só vez, encampa e modifica características de contratos típicos (como o de locação, por exemplo), mas a eles não se amolda, e avança sobre aspectos não regulados pela lei.³²

Neste sentido, o contrato *built to suit* conforma uma nova e atípica espécie de contrato, reclamando tratamento próprio, coerente com as bases sobre as quais se erige.

É contrato dotado de uma expectativa econômica própria. Fundado em critérios de paridade e possuindo perfil interempresarial.

Disso, como se verá, decorre a necessidade de uma releitura de certos aspectos de contratos tradicionais que, com alguma dose de particularidade, aparecem no negócio *built to suit*.

32. De se anotar que estão em trâmite na Câmara dos Deputados dois Projetos de Lei (PLC 6.562/2009 e PLC 356/2011) destinados a regular o tema. Ambos propõem alterar a Lei de Locações (Lei 8.245/1991), sendo que, pelo primeiro, o contrato *built to suit* só se sujeita à lei locatícia por vontade das partes e, no caso do segundo, alguns dispositivos da praxe contratual são incorporados ao texto legal, como os atinentes ao limite da cláusula penal compensatória e à renúncia ao direito de revisão dos aluguéis.

Logo, a compreensão de certos institutos no âmbito desta avença exigirá um exercício de adequação ao caso concreto.

Essa postura é exigida para que se possa definir corretamente o regime jurídico que guiará essa modalidade de contrato.

A maior dificuldade, no tratamento do tema, é a delimitação da disciplina jurídica que lhe é aplicável. Devemos decompor o contrato *built to suit* e fazer incidir a norma correspondente a cada contrato típico nele identificado? Ou, então, aplicar o regime atinente ao tipo contratual elencado como preponderante? Na linha do que acabamos de expor, parece-nos que o mais acertado é encará-lo como um contrato atípico, concebido como unidade jurídica nova, e, por conseguinte, sujeito aos regramentos gerais de direito e não aos de um ou mais tipos contratuais específicos.

O regime jurídico contratual é uno e não deve ser cindido, sob pena de insegurança jurídica.

É claro que a interpretação analógica poderá ser utilizada, mas sempre à luz da expectativa econômica deste contrato e das causas que o sustentam.

Desse modo, entendemos que o contrato *built to suit* orienta-se pela disciplina contratual geral do Código Civil.

No intuito de demarcar alguns limites que justificam o enquadramento do contrato *built to suit* no campo da atipicidade contratual, passamos a confrontá-lo com alguns tipos contratuais cujas características, em parte, nele aparecem.

3.2.1 Aspectos de contrato de locação e algumas notas distintivas

É possível visualizar claros aspectos do contrato de locação presentes no contrato *built to suit*.

Uma das principais prestações contidas no contrato, a de *dar bem próprio ao uso e gozo de alguém mediante remuneração*, conduz à identificação da semelhança.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, sem negar a atipicidade do contrato *built to suit*, chamam a atenção para o que denominam de “*built to suit* locacional”, o qual não passa de típica locação sujeita a condição suspensiva.³³

Contudo, as peculiaridades que estão na base do negócio chamado *built to suit* lhe conferem relativa originalidade.

33. RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307-308.

De início, para distinguir ambos os contratos, bastaria invocarmos a noção de contrato atípico trazida nos itens 2.3 e 3.2 supra.

Mais especificamente, todavia, deve-se notar que: (a) a seleção e aquisição de imóvel (de regra, escolhido pelo futuro contratante) e (b) a construção de obra sob medida, ou seja, conforme orientação do contratante atribuem conotação distintiva ao contrato *built to suit*.

A diferença configura-se, exatamente, pelo fato de os aspectos supracitados assumirem posição de elementos constitutivos desse tipo de contrato.

Representa mais que uma adição de elementos secundários ao contrato de locação, tanto que este resulta desfigurado. A presença de certos caracteres da locação não impede que o núcleo deste contrato seja absorvido por uma nova estrutura, cujo eixo conforma-se de maneira diversa.

Em nosso sentir, o verdadeiro traço diversificante emerge da obrigação de *construir sob medida* (que não se confunde com mera reforma ou outra construção qualquer). É essa prestação que, em maior escala, dita as contrapartidas que serão impostas ao contratante (ou locatário).

É claro que a aquisição, pelo contratado (ou locador), de imóvel, selecionado ou não pelo contratante-locatário, torna a relação entre as partes peculiar. Todavia, como antecipado acima (item 3.2), esta providência não é imprescindível à configuração do contrato *built to suit*.

Assim, uma vez presentes os pontos conceituais já destacados, notadamente a obrigação de construir ou reconstruir, por encomenda e sob medida, o imóvel a ser objeto de uso e gozo, ter-se-á a relação jurídica de que ora se trata e a qual extrapola os lindes da relação locatícia, que, ademais, se ampara em premissas negociais diferentes daquelas que fundamentam a contratação na modalidade *built to suit*.

Eis aí as notas elementares que distinguem o contrato sob exame de uma típica locação de imóvel.

3.2.2 Aspectos de contrato de empreitada e algumas notas distintivas

Em contraposição à empreitada, a primeira distinção que se poderia registrar é a que, no contrato *built to suit*, constrói-se em imóvel próprio. O empreiteiro e o dono da obra confundem-se na mesma pessoa.

Então, a despeito de haver a prestação de um serviço (construir sob medida obra encomendada), ou seja, embora exista a obrigação de executar obra, esta recai sobre imóvel “próprio” (sob domínio do “empreiteiro”), e o produto que daí resulta será apenas colocado, temporariamente, à disposição do interessado em usufruí-lo.

Pouco importa que a obra seja executada por terceiro contratado, pois o faz sob responsabilidade do empreendedor, que a destinará ao uso do futuro usuário. Daí também a razão para não se enxergar a subempreitada.

Até pode ocorrer a contratação de empreitada entre o empreendedor-contratado e terceiro, o que não afeta a estrutura do contrato *built to suit*.

Porém, mesmo mantida a atipicidade da avença em questão, as diferenças mencionadas não autorizam negar a presença de elementos próprios do contrato de empreitada. Tanto é que o contratado-locador deve responder pela segurança e solidez da obra, pois da essência da obrigação assumida.

Neste ponto, sobressai o dever do contratado de seguir rigorosamente as instruções do contratante (futuro locatário), porquanto é elementar do contrato *built to suit* que a obra se adéque satisfatoriamente aos propósitos de quem a usará.³⁴

Válido registrar, por fim, que o contrato *built to suit* não restará, necessariamente, descaracterizado em razão de se atribuir ao contratante-locatário a obrigação de custear os materiais a serem empregados na construção, uma vez que tal acerto produzirá reflexos apenas na composição do valor e da forma de pagamento da remuneração (que, aliás, terá sido antecipada) e, indiretamente, no prazo contratual.

É preciso ver que, ainda quando custeada pelo contratante, a construção foi moldada em seu exclusivo interesse e, por conseguinte, pode pouco ou nada servir ao contratado. Pode até ter pouca aceitabilidade no mercado, faltar-lhe público interessado, importando verdadeiro prejuízo (seja pela desvalorização do imóvel, seja pela necessidade de demolição).

Em suma, situação dessa natureza deve ser avaliada à luz do caso concreto, de modo a se evitar o enriquecimento indevido de qualquer das partes.

3.2.3 Aspectos de direito registral imobiliário

No que toca ao direito registral imobiliário, uma questão que se coloca é saber se o contrato *built to suit* tem assento no Registro de Imóveis.

A resposta deve ser perquirida a partir do cotejo dos princípios que regem o sistema de registro imobiliário.

No âmbito do direito das coisas, há uma comunhão de princípios (por vezes idênticos, por outras análogos) entre o Código Civil e a Lei de Registros

34. Descumprida essa regra por culpa do contratado, pensamos que está autorizada a resolução do contrato por inadimplemento.

Públicos (Lei 6.015/1973). Tais princípios, que também aparecem na legislação extravagante, são destinados a disciplinar os direitos reais, sendo que os diplomas legais referidos conformam um substrato normativo cogente acerca do tema, o que acaba por reduzir o espaço conferido à autonomia privada.³⁵

Nesta linha, destacam-se os princípios da legalidade e da tipicidade, os quais, respectivamente, só admitem direitos reais previstos em lei e tal qual nela tipificados (em *numerus clausus*).

Eventual exceção decorre da própria lei, muito embora haja casos de criação pretoriana.³⁶

No que concerne ao contrato *built to suit*, a indagação deve mirar a possibilidade de se atribuir, pelo registro, eficácia real a esta relação obrigacional, em semelhança com o que ocorre com o contrato de locação.

A obrigação com eficácia real consubstancia-se na oponibilidade a terceiros, a qual deriva da publicidade que àquela é conferida pelo registro. De fato, a publicidade, que é específica e, em muitos casos, constitutiva de direito, é pressuposto da eficácia *erga omnes* dos direitos reais.

Em se tratando de direito dito pessoal, a eficácia real (oponibilidade contra terceiros) dependerá, igualmente, da publicidade que a tal obrigação será dada.³⁷ Contudo, em face dos princípios apontados, esta publicidade só poderá ser alcançada quando admitida em lei.

É o que ocorre no caso do contrato de locação, quanto à cláusula de vigência e quanto ao direito de preferência (respectivamente, arts. 8.º e 33 da Lei 8.245/1991, e art. 167, I, n. 3, e II, n. 16, da Lei 6.015/1973). Todavia, como temos defendido, o contrato *built to suit* é atípico, não se confundindo com o de locação, o que, inicialmente, afasta daquele a incidência das normas que regem este último.

A rigor, nem mesmo a interpretação analógica permitiria o assento do contrato em questão no Registro de Imóveis. Conforme exposto, os princípios em matéria registral reclamam interpretação restritiva.

35. ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Lazio (coords.). Op. cit., p. 416-417.

36. Idem, p. 172-175.

37. Trata-se, aqui, da publicidade específica dos direitos reais sobre bem imóvel, a qual confere operatividade ao princípio do absolutismo e é diversa daquela propiciada pelo Registro de Títulos e Documentos (nesse sentido, confira-se: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Lazio (coords.). Op. cit., p. 229-231).

Assim, o recurso à analogia encontraria obstáculo nos próprios princípios que ordenam o sistema de registro imobiliário.

Conforme salienta Walter Ceneviva, ao tratar dos limites à registrabilidade, “pode ser objeto de assentamento imobiliário apenas o título que, por lei, seja obrigado a esse registro. Inexistente a previsão legal, o registro não pode ser feito”.³⁸

Portanto, nos termos do art. 172 da Lei 6.015/1973, apenas os títulos ou atos reconhecidos em lei alcançam o registro imobiliário.

Não obstante, tendo em conta as peculiaridades que o contrato *built to suit* encerra, como prazo de vigência, “afetação” construtiva do imóvel, eventual direito de preferência na aquisição, de renovação etc., a possibilidade de registro ou averbação deveria ser acolhida pela legislação.

Com efeito, se há vontade lícita das partes, o registro deste tipo de avença encontra fundamento nas mesmas razões que autorizam o acesso do contrato de locação ao Registro de Imóveis.

Aliás, é possível que a atribuição de eficácia real, pelo registro, a tal relação contratual contribua para a realização de sua função social, uma vez que, ao impor a terceiros seus termos, acabaria por fortalecer uma relação jurídica marcada, na maioria das vezes, por um forte traço de personalidade.

Todavia, diante do conteúdo expresso pelos princípios acima invocados e das considerações até aqui tecidas, cremos não ser, atualmente, admissível o registro ou a averbação, perante o Registro de Imóveis, do contrato *built to suit*.

4. PRINCIPAIS DIREITOS, OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DAS PARTES

O contrato *built to suit* comporta prestações diversas, das quais decorrem direitos, obrigações e responsabilidades igualmente diversos.

O contratado (empreendedor), de regra, terá as seguintes obrigações: a) adquirir imóvel, selecionado ou não pelo contratante (usuário);³⁹ b) edificar construção nos termos das instruções fixadas pelo contratante (*sob medida e*

38. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 370.

39. Como já dissemos, a aquisição do imóvel não é imprescindível, visto ser possível submeter ao regime desse contrato imóvel que já se encontra no domínio do contratado (inclusive por força de direito de superfície). A seleção do imóvel pelo contratante, por sua vez, é característica que evidencia o contrato *built to suit*, mas a sua falta não o desnatura.

por encomenda);⁴⁰ c) conceder ao contratante, pelo prazo pactuado, o uso e gozo do imóvel construído.

Por outro lado, este empreendedor-contratado fará jus à percepção de remuneração que o pague não só pela fruição da coisa, mas também pelo significativo investimento despendido (daí a natural tendência de que o contrato perdure por longo prazo).

O contratante-usuário, a seu turno, terá o direito de possuir e fruir o bem por certo prazo, sempre em consonância com os fins ajustados. Noutra ponta, como dito, incumbir-lhe-á pagar a remuneração periódica fixada (o aluguel), de modo a amortizar o dispêndio suportado a seu favor pelo contratado-locador.

Pode-se entabular ainda, como de praxe, que o usuário responda pelos encargos da coisa, como tributos, despesas de conservação etc. Ademais, algumas garantias contratuais podem ser exigidas de ambas as partes.

Os direitos e obrigações acima enumerados defluem em diversos outros de significativa relevância, o que recomenda decompor os primeiros.

Da obrigação de adquirir imóvel decorre a exigência de que sejam adotadas todas as cautelas convenientes ao respectivo negócio imobiliário, de modo que problemas, por exemplo, relacionados à posse ou à propriedade do bem não frustrem os fins almejados pelo contrato *built to suit* a se firmar.

Se a seleção do bem couber ao empreendedor, deverá este observar rigidamente as instruções do futuro usuário, de modo a atender às expectativas existentes quanto a características, funcionalidades, localização, adequação a projeto construtivo, possibilidade legal de exercício da atividade pretendida no local etc.

Em outro contexto, se o bem for selecionado pelo usuário e não for possível sua aquisição em razão de eventuais fatores que afetem a segurança jurídica necessária ao negócio (ou, ainda, alterem as bases negociadas para o *built to suit*), o contratado não poderá ser obrigado a adquirir o imóvel.

Por outro lado, o contratado-locador até poderá, se não se houver convenicionado em sentido diverso, adquirir direitos que não a propriedade, desde que lhe permitam cumprir de forma plena o acordo estabelecido ou que estabelecerá com o contratante-locatário.

40. O fato de o contratante emitir instruções sobre a obra não retira do contratado a responsabilidade pela sua solidez e perfeição (a não ser que a ingerência do contratante seja tal a ponto de romper o nexo de causalidade que vincularia o contratado aos fatos decorrentes da realização da obra).

Assim, poderá o locador dotar-se do direito de superfície relativo a certo imóvel, para, então, sujeitar este a um contrato *built to suit*, bastando que haja compatibilidade entre os termos de cada avença (especialmente quanto ao prazo de vigência).⁴¹

Como já dito, o locador também responderá pela solidez e segurança da obra. E mais, deverá conformá-la às necessidades do locatário, uma vez que se trata de obra sob medida e por encomenda.

O usuário, por sua vez, deve cumprir o contrato regularmente, remunerando o empreendedor pelos investimentos que este fez e, ainda, pela fruição do imóvel.

Tendo em vista a especificidade da obra construída, a sua fruição pode ficar limitada a pequeno grupo de interessados ou mesmo, somente, aos interesses do usuário que a encomendou. Portanto, cumpre a este pagar ao empreendedor remuneração que seja compatível com a contrapartida suportada, o que exige a observância de prazo contratual adequado (ainda que supostamente longo).

Os direitos de revisão e renovação do contrato são abordados nos tópicos seguintes (itens 4.1 e 4.2 infra).

Outro ponto a ser lembrado é o concernente ao direito de preferência na hipótese de alienação do imóvel objeto do contrato *built to suit*. Tal direito poderá ser previsto pelas partes a favor do usuário, já que não decorrente de lei. Porém, ante a falta de suporte legal, o que inclusive dificulta a publicidade do contrato, ou seja, seu conhecimento por terceiros, a preferência estipulada não terá eficácia real, podendo, na prática, restar frustrada (o que não impede a previsão de compensação adequada).⁴²

O mesmo raciocínio se aplica à cláusula de vigência, o que pode gerar sérios problemas.

As partes também podem pactuar a opção de compra do bem ao final do prazo contratual, o que não desvirtuará o *built to suit* se a remuneração periódica não representar verdadeira compra parcelada.

Em síntese, pode-se afirmar que estes são os principais direitos e deveres das partes (principais) de um contrato *built to suit*.

41. E assim é porquanto a ninguém é dado dispor além do que tem.

42. Quanto ao registro do contrato, vale lembrar que, embora existam exceções à regra que emana do princípio da taxatividade, este parece impedir aquele. A esse respeito, leia-se, mais uma vez, ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Lazio (coords.). Op. cit., p. 423-430.

4.1 A revisão do contrato

Um ponto que comumente suscita disputas judiciais⁴³ em torno do contrato *built to suit* é o concernente à pretensão de revisão contratual por uma das partes (normalmente, aquela que é apontada como locatária).

A controvérsia, ao menos na jurisprudência, parece dizer respeito ao cabimento da ação revisional de alugueis.

A jurisprudência, compreendendo as peculiaridades do contrato *built to suit*, já demonstrou certa resistência à ação revisional, especialmente quando manifestada renúncia ao direito de pleitear a revisão da remuneração pactuada.

É o que se colhe de decisão proferida no âmbito do TJSP.⁴⁴

O julgado mencionado observou que o contrato *built to suit* sob exame era paritário e, de modo amplo, enfeixava direitos e obrigações que faziam extrapolar os lindes do contrato de locação.

De fato, em prestígio à autonomia privada, à liberdade contratual, assentou-se que a remuneração mensal acordada tinha em conta, além do uso e gozo do imóvel, o custo de aquisição do terreno, da construção do bem, o investimento de capital próprio e de terceiros (obtido no mercado financeiro).

É bem verdade que esta decisão não se deu de modo unânime, tendo um dos julgadores, com fundamento, dentre outros, na relativização da obrigatoriedade dos contratos e no princípio da boa-fé objetiva, reconhecido o direito de revisão judicial da avença.

Pensamos que, uma vez admitido o caráter atípico do contrato *built to suit*, sujeito, portanto, ao regramento geral do Código Civil, sequer se deve cogitar da possibilidade, ou não, de renúncia ao direito de revisão contratual à luz da Lei de Locações.

A questão não é pacífica, contudo. Aliás, para se admitir a renúncia, necessário se faz reconhecer que tal direito existe.

Na verdade, visto que o contrato *built to suit* submete-se à disciplina geral do Código Civil, ao mesmo passo que a renúncia à revisão da remuneração

43. Deve-se ressaltar que boa parte dos contratos *built to suit* contém convenção de arbitragem, o que pode reduzir o número de demandas judiciais.

44. Ap c/ Rev 9156991-70.2008.8.26.0000, 25.^a Câm. de Direito Privado, j. 04.05.2011, rel. Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto. Do mesmo Tribunal, veja-se, ainda, o AgIn 0055527-64.2005.8.26.0000, 26.^a Câm. de Direito Privado, j. 22.08.2005, rel. Des. Vianna Cotrim.

mensal pode ser entabulada, torna-se difícil recusar a incidência da regra geral de revisão dos contratos, notadamente em decorrência da teoria da imprevisão.

Assim, no intuito de rever os termos do contrato referido, a cláusula *rebus sic stantibus* poderá ser invocada quando, em razão de fatos extraordinários e imprevistos supervenientes, o ambiente objetivo existente ao tempo da celebração do contrato restar modificado, resultando, de um lado, em onerosidade excessiva para o devedor e, de outro, no enriquecimento injusto e desmedido do credor.

Gabriela Tabet também aponta, como fundamento para a revisão dos contratos, a regra contida no art. 317 do CC/2002, que versa sobre a desproporção sobrevinda, por motivos imprevisíveis, ao valor da prestação a ser executada.⁴⁵

Não obstante, o certo é que a eventual revisão contratual, quando possível, deve ser temperada por outros princípios, como o da boa-fé objetiva, e ter em conta as peculiaridades desse tipo de contrato.

Por conseguinte, o devedor que, por sua culpa, encontra-se em mora não pode se socorrer da revisão judicial da avença.

A revisão não pode distorcer as bases contratuais, levando à inversão do polo considerado prejudicado. Ora, no que toca às prestações do usuário, é preciso entender que estas são destinadas, em grande medida, a recuperar despesas e investimentos que, em outras circunstâncias ou por outro modo, não serão resgatáveis.

Desse modo, ao se apreciar o eventual desequilíbrio entre as prestações pactuadas, é fundamental que seja computado o quanto já realizado pelo empreendedor da obra.

Esta ideia busca preservar o equilíbrio contratual, especialmente no bojo de contrato tipicamente paritário e interempresarial. Sendo assim, é importante compreender que há um núcleo da relação obrigacional que deve ser resguardado.

Além disso, deve-se levar em consideração o impacto que o decreto de revisão terá sobre a operação *built to suit* como um todo, ou seja, sobre os contratos conexos existentes.

Por essas razões, ao se tratar do contrato em comento, a aplicação da regra geral de revisão judicial dos contratos deve ser adequadamente ponderada,

45. TABEL, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 333-367. A doutrina também cita os arts. 479 e 480 do CC/2002, para sustentar a pretensão de revisão contratual.

impondo-se, quando aplicável, avaliar se recomendável que o seja com mitigada força.

4.2 A extinção e a renovação do contrato

Para o escopo do presente trabalho, interessa-nos dar enfoque à resolução contratual, ou seja, à extinção advinda do inadimplemento (*in casu*, culposo).

Assim, não pretendemos cuidar das hipóteses de resilição (unilateral ou bilateral) e dos casos de inexistência e invalidade dos contratos (para alguns, verdadeiras causas de rescisão).

Não avaliaremos aqui, igualmente, as hipóteses de caso fortuito e força maior. A questão da resolução por onerosidade excessiva reclama, também, digressão em outra oportunidade.

Posto isso, concentramos as próximas linhas no tema da resolução por inadimplemento culposo. Ocorrido este, seja total ou parcial, as penas estipuladas pelas partes, para as infrações contratuais, deverão incidir.

A regra, inclusive legal, é que, descumprida a obrigação e carreados por uma das partes indevidos prejuízos à outra, esta fará jus à respectiva indenização pelos danos sofridos (art. 389 do CC/2002).

O descumprimento voluntário (ou imputável) da prestação colocará a parte obrigada em mora (*ex re* ou *ex persona* – normalmente se tem a primeira), impondo-se-lhe penas moratórias e compensatórias (e, ainda, dependendo do caso, o pagamento de perdas e danos adicionais – art. 395 do CC/2002).

Ao final, poderá chegar-se à extinção do contrato.

Em outras situações, contudo, a execução forçada do contrato poderá ser exigida, impedindo a resolução propriamente dita.

As possibilidades são variadas e, no campo do contrato *built to suit*, a discussão que palpita diz respeito à resolução por inadimplemento voluntário, decorrente do rompimento antecipado do contrato, que culmina na sua extinção e na exigência das perdas e danos pré-fixadas, ou seja, na sujeição do inadimplente à cláusula penal compensatória.

De regra, em razão das bases sobre as quais se estipula o contrato *built to suit*, o rompimento antecipado do contrato é sancionado com cláusula penal que alcança o limite da obrigação principal.

Assim, interrompido precocemente o contrato por vontade do usuário, caberá a este pagar o saldo total da remuneração faltante que seria recebido caso o contrato viesse a ser regularmente cumprido (em algumas situações, acrescido de encargos, custos e outras penas, o que pode ser exagerado).

O tempo de cumprimento pelo usuário (o cumprimento parcial da obrigação) sempre é levado em conta, mas por estar diretamente ligado ao prejuízo do empreendedor, à medida que afeta o montante de remuneração pago.

Em princípio, dado o teor do art. 412 do CC/2002, e os caracteres especiais do contrato *built to suit*, é possível sustentar que a cláusula penal nos termos acima concebida é válida e não merece reparo algum.

Com efeito, não parece justo que o empreendedor faça pesados investimentos direcionados ao específico benefício do futuro usuário e, por outro lado, deixe de receber a remuneração esperada.

Não obstante, o tema exige análise a partir do caso concreto.

É que a questão da proporção da pena gira, numa primeira análise, em torno do efetivo prejuízo que o empreendedor sofrerá com o rompimento antecipado da avença (pelo menos, este é o critério que parece nortear a fixação da pena).

Todavia, noutra ponta, a natureza e a finalidade do negócio devem ser tomadas em apreço.

Além disso, há interesses e valores que emanam dos contratos conexos que, a seu turno, podem afastar o suposto excesso da pena (que se apresentará, quiçá, reduzida).

É de se notar, assim, que na hipótese de empreendimento cuja utilidade se restringe ao usuário, sendo de difícil ou nenhuma recolocação no mercado, o prejuízo do empreendedor será extremamente significativo.

Neste caso, não se justifica a redução da penalidade pressuposta manifestamente excessiva, pois o juízo equitativo acena a favor do empreendedor.

Pior será se o empreendedor tiver de desfazer a obra, a fim de tornar o imóvel novamente aproveitável. O tempo exigido para retomar a exploração econômica do bem deve ser tomado em consideração.

Ora, o abuso de direito encerra ilicitude, sendo que o tratamento dispensado às partes deve zelar pela paridade e pela razoabilidade. E, como mencionado, devem ser ponderadas a natureza e a finalidade do contrato.

Situação merecedora de reflexão, porém, ter-se-á quando o imóvel puder ser facilmente direcionado a outro usuário, isto é, logo após o encerramento do contrato anterior.

Poderia ser o caso, por exemplo, de novo contrato com agente atuante no mesmo ramo econômico do anterior usuário.

É certo, ainda, que o usuário não poderá ser compelido a desembolsar, para pagamento da pena, quantia que permitiria a própria aquisição de bem cujo domínio e aproveitamento manter-se-ão (efetivamente) com o empreendedor.

Não obstante, mesmo aqui, a aplicação da cláusula penal não deve ser mitigada de modo absoluto (esquecendo-se, mercê do reduzido prejuízo sofrido, de sua função de estimular o cumprimento da obrigação). É fundamental que se leve em conta, ainda, a expectativa econômica do contrato e as nuances que lhe dão forma.

Posto isso, a incidência do art. 413 do CC/2002, deve ser balizada a partir do caso concreto e em ponderação com as bases jurídico-econômicas do contrato *built to suit*.

Por outro lado, é de se questionar se seria admissível a resolução pelo empreendedor que se nega a cumprir o prazo de vigência firmado. A proposta parece contrariar a natureza do contrato, o seu próprio objeto, o que permitiria ao usuário exigir o cumprimento forçado, ou seja, o respeito ao prazo contratual fixado, podendo, inclusive, recorrer aos interditos possessórios.

Note-se que, na hipotética situação de contrato em vigor por prazo indeterminado, deve-se observar, se for o caso, o quanto disposto no parágrafo único do art. 473 do CC/2002, acerca do condicionamento da eficácia da denúncia unilateral ao transcurso de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos feitos pela parte contrária.

No que tange ao direito de pleitear a renovação do contrato, para aqueles que posicionam o *built to suit* sob o regime da Lei 8.245/1991, este seria inafastável por força do art. 45, do referido diploma legal.

Admitida a renovatória e sendo omissis, se não contrário, o contrato, o valor da remuneração a vigorar deverá ser aquele de mercado, calculado por perícia, com base, também, nas particularidades que emanam das prestações atribuídas a cada parte no contrato de *built to suit*.

Em nosso sentir, a renovação só está autorizada se prevista pelas partes e rege-se pelos termos do contrato, aplicável, sempre, quando o caso, o disposto no art. 473, parágrafo único, do CC/2002.

5. CONCLUSÃO

Do exposto, algumas conclusões podem ser extraídas.

O mercado imobiliário evoluiu ao longo dos últimos anos, passando por período de grande pujança, sendo que agora dá sinais de estabilidade econômica.

As balizas desse novo cenário perpassam por ferramentas jurídicas, por novas operações econômicas e dependem de segurança jurídica, o que exige uma postura positiva do Poder Judiciário e dos demais entes institucionais.

Nesse contexto, insere-se o contrato *built to suit*, o qual serve de fomento para a expansão de atividades comerciais e industriais, ao mesmo passo que impulsiona o mercado imobiliário.

O contrato *built to suit* encontra fundamento na autonomia privada, na liberdade de contratar, razão pela qual é classificado como atípico, sujeitando-se ao regime jurídico geral de direito privado.

Assim, rege-se pelo Código Civil, não podendo contrariar a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Trata-se de contrato complexo, mas que concebe uma unidade nova e está inserido num ambiente de conexão contratual, sobre o qual espraia reflexos.

Portanto, a esse contrato deve se aplicar uma disciplina jurídica uniforme, não fracionada e conectada com a expectativa econômica que enfeixa.

As bases jurídico-econômicas da avença ora analisada devem pautar a sua compreensão.

É nesta linha que os direitos e obrigações das partes devem ser captados.

Desse modo, é curial compreender que o contrato direciona-se para a concepção de imóvel encomendado sob medida, destinado ao uso de uma pessoa específica (daí a natureza *intuitu personae*).

A aquisição do terreno onde se edificará a obra, inclusive, pode ocorrer mediante solicitação do futuro usuário. E, ainda que o terreno já esteja sob o domínio do empreendedor (que não terá necessariamente a propriedade), a obra a ser erigida seguirá as exatas instruções do futuro usuário.

A verdade é que inúmeras variantes podem moldar o contrato *built to suit*, e sobre diversas estruturas pode ele se conformar, o que o afasta da categoria de qualquer contrato típico.

Nessa esteira, em que pese a matéria ainda pouco figure nos Tribunais, a jurisprudência parece querer acolher o negócio *built to suit* sob o enfoque da atipicidade (embora os conflitos dele decorrentes tendam a se resolver na esfera arbitral).

Por conseguinte, é à luz das considerações acima lançadas e sob o ângulo do caso concreto, que as questões controvertidas atinentes à revisão, à renovação e à extinção do contrato devem ser solucionadas.

6. BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Lazio (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 11, t. 1.

- AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GASPARETTO, Rodrigo Ruede. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2.
- PEREIRA, Marcio Adriani Tavares. *Contratos built to suit sob pontos de vista antagônicos*. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 07.01.2008. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.11.2011.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TABET, Gabriela. *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ULIAN, Maria Eugênia Gadia. *Os contratos built to suit e a legislação aplicável. Migalhas*. 13.09.2011. Disponível em: [www.migalhas.com.br]. Acesso em: 08.11.2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Built to suit* – Operação de crédito imobiliário estruturada, de Marcelo José Lomba Valença – RDB 27/328; e
- Direitos reais no Código Civil de 2002 inovações, de Rodrigo Fernandes Rebouças – RDI 71/155.

DA FÉ PÚBLICA NOTARIAL E REGISTRÁRIA

4

MILSON FERNANDES PAULIN

Pós-graduado em Direito Notarial e Registrário pela PUC-MG. Tabelião de Notas e Oficial de Registro Civil do Distrito de Guaraná, Aracruz/ES.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Não se discute que o Notariado e os Registros Públicos estão para a sociedade como essa está para a ordem. Uma ordem fundada na segurança. Integrando a organização figuram os Tabeliães e Registradores, profissionais do Direito investidos de uma atividade de Senhorio Público, porém exercida em caráter privado. Verdade que a Instituição Notarial e Registrária respondem a uma necessidade secular de segurança jurídica e tranquilidade social. Decorre da missão, confiada pelo ordenamento, no sentido de que validamente imprimam caráter de autenticidade, eficácia, controle e estabilidade sobre os fatos jurídicos que a sociedade diuturnamente dimana. São tarefas importantes, a rigor externadas sob o cânone do rogatório e nunca dissociadas do prisma da legalidade (inclusive a deontológica), da moralidade e da euremática (prevenções propensas a assegurar a validade e perfeição de um ato jurídico). Sobretudo porque predicadas pelas notas da fé pública como parcela de soberania estatal, vigendo, nesse sentido, a crença popular de serem corretos e autênticos, seus exercitores,

ABSTRACT: It's not argued that the Notary and Public Registries are to society as the same is to order. An order established in safety. Integrating the organization are figured the Notaries and Registrars, professionals from Law therefore invested of power of Public Lordship, but executed in a private form. Truly is the Notary and Registrars Institution a response to a secular need of judicial safety and social tranquility. It derives from the mission, trusted by the ordainment, in the sense which it validly imprints a character of authenticity, efficiency, control and stability regarding the judicial facts which the society on a daily basis emanate. They are important tasks, rigorously externally demonstrated under the rogatory principle and never disassociated from the legal perspective (including the deontological), of morality and eurematic (preventions prone to ensure the validity and perfection of a judicial act). Above all, due to being predicated by the bills of public trust as parcel to state sovereignty, validating, in this sense, the popular belief to be correct and

em tudo aquilo que ditam e escrevem, salvo inequívoca prova em sentido contrário. Um labor, portanto, a ser desempenhado com prudência e perícia extraordinária; acima da exigida do homem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Fé pública – Direito notarial – Tabelionato de Notas – Tabelião; Registro de imóveis – Registros públicos – Segurança jurídica.

authentic, its executors, in all that they dictate and write, except on unequivocal evidence on the contrary. A task, so then, to be developed with wisdom and extraordinary skill; above that demanded of common men.

KEYWORDS: Public trust – Notary law – Notary office – Notary public – Real state registry – Public registers – Judicial safety.

Por consubstanciar-se a República Federativa do Brasil num Estado Democrático de Direito, do que dimana um princípio de sobrelevada importância e que permeia toda a organização jurídico-social – a segurança jurídica – as regras de uma boa política civil exigem que os principais fatos jurídicos (*lato sensu*) de uma pessoa fiquem regularmente consignados, cercados de solenidades suscetíveis a transmitir confiabilidade de maneira durável e *erga omnes*. Daí a importância de mecanismos aptos a preservar, indefinidamente, a passagem dos acontecimentos mais importantes da biografia vital. Daí a existência dos chamados Órgãos da Fé Pública como uma necessidade secular, uma realidade arraigada na confiança e designada a fazer lançar, sob seus atos, os indispensáveis requisitos da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica.

No Brasil, são públicas as atividades notarial e registrária, como decorrência do art. 236, da Lei Magna. Exercidas, não obstante, em caráter privado, confia-se a tal categoria a execução de um serviço público, sendo este realizado “em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado (...)”¹ (MEIRELLES, 2001, p. 75). No relativo à normatização, com efeito, a lei brasileira manifesta, em diversas passagens, de maneira implícita ou expressamente, a presença da chamada fé pública, reafirmando o Estado a importância e a higidez da Instituição Notarial e Registrária. Como o faz a Carta Magna, quando, em seu art. 19, II, dispõe ser “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) recusar fé aos documentos públicos”² (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 14). Igualmente agem, *verbi gratia*, o Código Civil, na dicção dos arts. 215, 217, 223 e 1.011, § 1.^{o3} (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 164, 165, 220); o Código de Processo Civil, arts. 364,

1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

2. PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. *Vade Mecum compacto*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

3. *Idem*, p. 164, 165, 220.

369 e 374, parágrafo único⁴ (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 405, 406); o Código Penal, arts. 296, II, 297, 299, 300, 301 e Capítulo III, Título X⁵ (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 511 e 570); A Lei Federal 6.015/1973, arts. 1.º e 161⁶ (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 1049 e 1074); A Lei Federal 8.935/1994, arts. 3.º, 6.º, III e 7.º, IV e V⁷ (PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al., 2010, p. 1036).

Sentido quejando, ademais, ostentam as normatizações elaboradas pelas Egrégias Corregedorias Gerais de Justiça Estaduais, dentro de seu estrito e necessário campo fiscalizatório, disciplinador e orientador, corolário do art. 236, § 1.º, da CF/1988. Dignos de nota, a propósito, são os exemplos contidos nos arts. 529, 626 e 627, III, IV, XII, XIII, XIV, 677 e ss., 685 e ss., 1.099, 1.104, 1.191, do Codificador Normativo capixaba⁸ (BRASIL, 2009, passim); bem como nos itens 30, Seção I, Capítulo XIII, 39.1, Subseção II, Seção IV, Capítulo XIV, Seção VI e VII, Capítulo XIV, 29.1 e 32, Seção II, Capítulo XX, 106, Subseção II, Seção II, Capítulo XX, do Codificador Normativo paulistano.⁹ (BRASIL, 1988, passim); Em que pesem as concepções aqui colacionadas, o que, realmente, entende-se por fé pública?

Fé, em sentido lato, remonta à noção de crença. Concatenado este ato à verdade jurídica como ação do Estado, erige-se o conceito sob a denominação de fé pública, representando a expressão exata e correta de uma realidade apresentada a qual é confirmada por ato de autoridade. No escólio de Pereira e Souza, é o “crédito que a lei concede a outras pessoas para o que é do seu ministério”¹⁰ (PEREIRA E SOUSA, 1827). Para João Mendes de Almeida Júnior, “tem como notas características a sinceridade de quem afirma e a adesão confiante do espírito de quem recebe a informação”¹¹ (ALMEIDA JÚNIOR, 1963, p. V).

4. Idem, p. 405, 406.

5. Idem, p. 511, 570.

6. Idem, p. 1049, 1068.

7. Idem, p. 1306.

8. BRASIL. *Código de Normas da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Provimento 29/2009.

9. BRASIL. *Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo – Cartórios extrajudiciais*. Provimento 58/1989.

10. PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Esboço de um dicionário jurídico*. Lisboa: Tipografia Rollandiana, 1827. t. II.

11. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. V.

Confunde-se com a própria história da sociedade a ideia de fé, a princípio fundada na crença das divindades frente ao temor do desconhecido. Transmutada essa crença religiosa ao fadado extremismo da verdade incontestada, credita-se a este exato instante a amalgamação da imagem da fé como verdade absoluta. No Império Romano, a noção ganha contornos de atributo, confiado sempre como parcela de soberania estatal a pessoas dotadas de especial preparação. Deste modo, reservava-se a *publica fides* tão somente às autoridades que possuíam o *ius actorum conficiendorum*, considerada a faculdade de formar e autorizar expedientes, e os autos eram a *acta* ou *gesta*.

Verdade que sempre foi complexa, para a Sociedade, a contemporização da verdade absoluta para com ao indivíduo encarregado de efetivamente exercê-la. Verdade também o fato de que dita atribuição, no curso da história, em nunca se viu apartada noção de substabelecimento de poder, do Imperador, do Rei, da Igreja, do Estado moderno. Nasceu, decerto, para atender as necessidades sociais de segurança, de certeza e de estabilidade frente às relações jurídicas, para que o costume dos escambos verbais enfim cedesse lugar à formalização solene e abonadora de um agente confiável, que, agindo nessa qualidade, viesse a perpetuar o intento dos contratantes tornando mais segura e menos penosa a sua prova – afinal, *verba volitis, scripta manent*. Nesse vetor foram criados órgãos revestidos de fé pública, conforme a doutrina de João Mendes:

“Constituído pelo Estado para assegurar e transmitir a verdade da existência de certos fatos e atos jurídicos, os órgãos da fé pública têm por função a ‘afirmativa geral’, e são incumbidos de lavrar atos e contratos, de atestar a identidade das pessoas das letras e das assinaturas e firmas, de registrar títulos de direito, de conservar os respectivos formais, de autenticar atos processuais”¹² (ALMEIDA JÚNIOR, 1963, p. V).

É sob tal pano de fundo que, destarte, nasce e se sedimenta a imagem da fé pública na ribalta das relações, vale dizer, como fruto de uma necessidade sentida: da sociedade, clamando por certeza e confiança frente a atos e fatos que não presenciou; e do Direito, primando pela manutenção e estabilidade da ordem. Daí que, para melhor atender aos anseios da estabilidade, da certeza, da autenticidade, enfim, da segurança jurídica como subprincípio básico do próprio conceito de Estado de Direito, andou bem o Poder Estatal em confiar e particularizar essa importante parcela de soberania a pessoas dotadas de exclusiva e especial preparação para exercê-la.

12. Idem, *ibidem*.

Nesse particular, houve o Estado em fazer especializar essa autoridade legítima a determinados agentes. Destarte, classificou-se o instituto da fé pública, na doutrina e sem unanimidade, da seguinte forma:

“(…) a geral, a especial, a judicial, a administrativa e a extrajudicial, (…) embora existam outras pessoas que desempenhem a *fé pública* em atividade notarial, como, por exemplo, os cônsules e os militares, entre outros (...). Os escrivães, registradores, serventuários da justiça e notários, estes, no ensejo, destacadamente apontados, são os principais depositários da *fé pública*, pois exercem uma atividade bastante peculiar em relação a outras prestadas em regime funcional (...). Esta situação, que não integra as estruturas administrativas dos servidores públicos, dá-lhes a atribuição de profissionais no exercício de uma função pública de certificação, afirmação e depositários documentais em regime privado de profissional liberal, submetida a severos controles hierárquicos, com mecanismos de rigorosa seleção, implicando o estrito dever de cumprimento do objetivo de assegurar, no que legalmente possível, a coincidência da certeza real ou física, aliada à convicção, e à firmeza jurídica no que documentam”¹³ (CHAVES; REZENDE, 2011, p. 78-79).

Individualizada na figura do tabelião de notas, decerto que ganha maior amplitude o conceito de fé pública, vigendo a crença popular de serem corretos e autênticos em tudo aquilo que ditam e escrevem, salvo inequívoca prova em sentido contrário (presunção *juris tantum*). Dito predicado, aliás, segundo Loureiro, “(...) é tão importante que se confunde com a própria função do notário e sua expressão laudatória é utilizada como lema deste profissional do direito: *Nihil prius fide (nada antes que a fé)*”¹⁴ (LOUREIRO, 2011, p. 488). Daí afirmar que o instrumento notarial, imbuído do desiderato de fornecer segurança às partes, desde que legalmente constituído, goza de uma presunção de legalidade e autenticidade desconhecida pelo documento produzido pelas partes. Vale dizer, contestada a autenticidade do documento particular, aquele que o apresentou deve fazer prová-la, diferentemente de quando redarguida a autenticidade do instrumento notarial, onde a prova compete não ao apresentante, mas ao contestante, que se vê, ainda, impelido na missão de fazer desconstituir a presunção *juris tantum* contida no documento.

Mas não somenos proeminente é a presença do conceito frente ao registro imobiliário, vez que este, muito mais que um mero palco de publicidade,

13. CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011. p. 78-79.

14. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 488.

constitui-se num confinamento de certeza, num repositório de segurança. Assim, à semelhança da fé pública notarial, resume-se a registrária¹⁵ na certeza jurídico-ideológica, assentada sobre todas as inscrições constantes da tábula predial, desde que devidamente válidas, vale dizer, não canceladas por pecha de nulidade ou anulabilidade. Dito isso à maneira de Pontes de Miranda, “A fé pública faz ter eficácia, como sendo exato, o registro inexato, enquanto ela não cessa”.¹⁶ (PONTES DE MIRANDA, 1954, t. 11). De observar que, diferentemente do sistema germânico, não adotou o legislador brasileiro o conceito de fé pública absoluta, onde a segurança jurídica e os interesses do terceiro de boa-fé sobrepõe-se ao interesse do verdadeiro proprietário do imóvel. Sobre a questão da fé pública no panorama registrário, eis a lição de Loureiro:

“Pela (...) fé pública, a existência do direito registrado ou a inexistência do direito cancelado prevalecem absolutamente em relação ao terceiro de boa-fé que, confiando nos assentos do Registro de Imóveis, celebrou o negócio jurídico com o titular aparente (...). No entanto, no atual direito brasileiro, (...) o registro inválido, ou lastreado em negócio jurídico nulo ou anulado, e que por tal motivo venha a ser cancelado, não protege o terceiro de boa-fé. Entre a segurança jurídica da transação imobiliária e o direito do verdadeiro proprietário, optou o legislador brasileiro por privilegiar este último valor.”¹⁷ (LOUREIRO, 2011, p. 234-235).

Tem-se, portanto, que a fé pública é um predicado que se encontra arraigado nas entranhas da Instituição Notarial e Registrária, instituições estas que, portando consigo a importante missão de promover a segurança jurídica, reúnem um sem número de pontos convergentes, sendo uma, a bem da verdade, completada pela outra e vice e versa. Luiz Egon Richter, analisando a questão, assim se pronunciou: “A despeito da afinidade das matérias notariais e registrais, as respectivas qualificações apresentam escopos diferentes, mas acabam

15. Esgrimam-se os autores acerca da adoção, ou não, da fé pública registrária no sistema pátrio. Rechaçando a presença do atributo, figuram, dentre outros, Gondim Filho, Virgílio Sá Pereira, Aureliano de Gusmão e Soriano Neto. Afiançando-o, por outro lado, estão Lisipo Garcia, Clóvis Bevilaqua, Filadelfo Azevedo, Arnoldo de Medeiros, J. M. Carvalho Santos, Serpa Lopes; hodiernamente, Décio Antônio Erpen, João Pedro Lamana Paiva, Luis Guilherme Loureiro, Carlos Fernando Brasil Chaves e Afonso Celso Furtado de Rezende.

16. PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 11.

17. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 234-235.

se encontrando na finalidade, que é a segurança jurídica”¹⁸ (RICHTER, 2004, p. 222). Mas é fato que, não obstante se apresentem como faces componentes da mesma moeda, há diferenças marcantes que, tocando cada um dos Institutos, terminam por particularizá-los de maneira ímpar e peculiar. Sobre o tema, é cabente a lição de Dip:

“É certo que tanto o Registro Imobiliário, quanto o Tabelionato de Notas estão destinados à segurança jurídica, mas não do mesmo modo. O Notário dirige-se *predominantemente* a realizar segurança dinâmica; o Registrador, a segurança estática; o Notário, expressando um *dictum* – i.e., conformando e preconstituindo prova –, é, porém e antes de tudo, um conselheiro das partes, cujo *actum* busca exprimir como representação de uma verdade e para a prevenção de litígios; de que segue sua livre eleição pelos contratantes, porque o Notário é participe da elaboração consensual do direito; diversamente, o Registrador não exercita a função prudencial de acautelar o *actum*, mas apenas a de publicar o *dictum*, o que torna despicienda a liberdade de sua escolha pelas partes: o Registrador não configura a determinação negocial”¹⁹ (DIP, 1988, p. 95).

Outro ponto de merecido destaque – e que, de certa forma, toca de perto na questão da fé pública – diz respeito à recepção da cadeira notarial e registrária a ser compreendida como segmento autônomo²⁰ do Direito. Roberto J. Pugliese, a propósito, concebe o Direito Notarial como verdadeiro ramo independente e dotado de cientificidade autônoma.²¹ (PUGLIESE, 1989, *passim*). No mesmo vetor, mas pugnando acerca da autonomia do Direito Registrário Imobiliário, figuram Lacruz e Sancho: “(...) Por conseguinte, aun si se niega su autonomía, no puede decirse que el Derecho Hipotecario em bloque sea civil o procesal, público o privado: lo serán aisladamente sus normas, y las relaciones que

18. RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 222.

19. DIP, Ricardo Henry Marques. Op. cit., p. 95.

20. A bem da verdade, perscrutar acerca da divisão do direito, de sua autonomia, é questão de mera conveniência acadêmica, porquanto o Direito é uno. Nos dizeres de Alfredo Augusto Becker, citado por Cláudio Martins, a questão da “autonomia de qualquer ramo do direito é problema falso, inspirada tais palavras na unicidade do direito”. BECKER apud MARTINS, Cláudio. *Direito notarial: teoria e técnica*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974. p. 75.

21. PUGLIESE, Roberto J. *Direito notarial brasileiro*. São Paulo: Leud, 1989, *passim*.

sobre la base aquéllas nacen”;²² (LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA, 1984, p. 21-22); semelhante, diga-se de passagem, é o raciocínio de Amorós Guardiola, que defende a autonomia da matéria como ramo a ser compreendido dentro da multiplicidade de normas que com ela se homogeneiza, numa verdadeira relação de interdependência:

“(…) al lado de las normas civiles o de eficacia sustantiva (…) otras de carácter administrativo (régimen administrativo de oficina, determinación de los llamados derechos reales administrativos susceptibles de inscripción, concentración parcelaria, Ley del Suelo, etc.), procesal (…) y mercantil (…) imposible una completa asimilación de fondo al Derecho Civil (…) perturbador desde el punto de vista científico porque rompe la posible unidad externa del sistema y desconoce la fuerza centrípeta y unificadora del Registro respecto a las materias que con él se relacionam”²³ (AMORÓS GUARDIOLA, 1967, p. 66).

Para os negativistas, por outro lado, recepcionar um segmento do direito como ramo independente, dotado de autonomia, requer mais que mera ordenação didática, sendo mister o preenchimento de “(…) certos requisitos relativos ao campo onde incida, isto é, o seu objeto, o método próprio, *os princípios gerais extraídos de estudo sem estarem confundidos com os de outras disciplinas*”²⁴ (POLETTI, 1991, p. 263). Dito isso à maneira de Rufino Larraud, “a) no aspecto estrutural, dever-se-á estar diante de um conjunto sistematizado de normas jurídicas, ou seja, à frente de um conjunto de normas dotado de autonomia estrutural e sistemática; b) no aspecto dogmático, *é necessário que tal sistema tenha princípios próprios*”²⁵ (LARRAUD, 1966, p. 102).

O mesmo Larraud, a propósito, perscrutando a respeito do assunto, admoesta no sentido de que, em grande parte das vezes, a alegação da existência de princípios como sendo típicos do direito notarial não se traduz na mais correta realidade. E, para efeito de ilustrar a asseveração, cita como exemplo o princípio da fé pública: “el principio de fe pública – tomada la expresión em su sentido atributivo – no es otra cosa que autenticidad; y la autenticidad no es principio peculiar del derecho notarial (...)”²⁶ (1966, p. 106). Posição análo-

22. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 21-22.

23. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *Sobre el derecho inmobiliario registral y su posible autoridad*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1967.

24. POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

25. LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 102.

26. Idem, p. 106.

ga defendem Leonardo Brandelli²⁷ (BRANDELLI, 2009, p. 117-121) bem como o registrador imobiliário espanhol José Manuel García García.²⁸ (GARCÍA GARCÍA, 1988, p. 66-71).

Assim, a depender da vertente adotada, o conceito de fé pública pode variar, ganhando o contorno ora de *Princípio Fundamental do Direito Notarial e Registrário*; ora de *Princípio da Função Notarial e Registrária*; ou nem um e nem outro, mas o contorno de *Atributo* inerente à própria atividade. Elucubrações à parte, consubstanciada na figura do notário e do registrador, certo é que a fé pública, em sua essência, traz consigo as notas da verdade, da certeza, da fidedignidade e da estabilidade das relações. É uma evidência que, conferida e certificada pelo Estado, na pessoa de tais agentes, imbuí-se da necessária força probante como garantia de paz privada e social. Nesse sentido a lição de João Mendes de Almeida Júnior, quando se referindo aos órgãos da fé pública: “Os fins da sua organização são a segurança dos direitos individuais e a conservação dos interesses da vida social (...)”²⁹ (ALMEIDA JÚNIOR, 1963, p. V).

Seguimos, no Brasil, o sistema registrário eclético, mecanismo pelo qual o título se revela, ao mesmo tempo, como a fonte e o suporte do registro. É uma situação que, por natureza, reclama a incidência da chamada dupla qualificação, compreendendo o juízo intelectual sobre os aspectos intrínsecos e extrínsecos do título, tanto por parte do notário (qualificação do *actum*), quanto por parte do registrador (qualificação do *dictum*), sempre em prol da segurança jurídica como sinônimo de tranquilidade social. Daí que a cognição racional do formalismo com que todos os atos jurídicos devem ser praticados obriga seus operadores a conhecerem normas de eumática, que são as prevenções propensas a assegurar sua plena validade, exequibilidade e perfeição. Dentre tais operadores, decerto que merecem destaque os notários e registradores como órgãos da fé pública e autênticos agentes da paz privada: estes, imprimindo efeito constitutivo, comprobatório e publicitário aos fatos jurídicos e jurígenos; competindo àqueles a responsabilidade pela impressão do caráter profilático às situações jurídicas que lhe tocam por dever de assessoramento – ambos atuando sob as diretrizes da eumática (legal e deontológica) e entre os seios da lealdade, da certeza, enfim, da fé pública, consecutórios lógicos da própria segurança jurídica que fundeia e marca toda a Instituição.

27. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117-121.

28. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988.

29. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p. V.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *Sobre el derecho inmobiliario registral y su posible autoridad*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propriedad, 1967.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Código de Normas da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Provimento n. 29/2009.
- _____. *Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo – Cartórios extrajudiciais*. Provimento n. 58/1989.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. Campinas: Millennium, 2011.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Querem matar as notas. Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.
- _____. (coord.); ERPEN, Décio Antônio et al. *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.
- MARTINS, Cláudio. *Direito notarial: teoria e técnica*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Esboço de um dicionário jurídico*. Lisboa: Tipografia Rollandiana, 1827. t. II.
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. *Vade Mecum compacto*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 11.
- PUGLIESE, Roberto J. *Direito notarial brasileiro*. São Paulo: Leud, 1989.
- RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas linhas sobre a atividade notarial, de Alexandre Rezende Pellegrini – *RDI* 54/155;
- Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 53/81;
- Responsabilidade civil dos notários e registradores, de Jéverson Luís Bottega – *RDI* 59/86;
- Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores, de Flauzilino Araujo dos Santos – *RDI* 49/11; e
- Tabeliães e oficiais de registros, de Marli Aparecida da Silva Siqueira e Bruno Luiz Weiler Siqueira – *RT* 779/719.

A PUBLICIDADE NO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO

5

MARCELO KRUG FACHIN TORRES

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da publicidade registral imobiliária no ordenamento jurídico pátrio, bem como realizar um estudo comparado com relação aos sistemas registrares de Portugal, Espanha e Estado Unidos da América. Assim, será inicialmente abordada as atribuições, principais características e princípios norteadores do sistema registral imobiliário brasileiro. Posteriormente, será examinada a publicidade registral imobiliária com relação às suas características, efeitos e importância no ordenamento jurídico brasileiro. Feito isso, será realizado um estudo comparado, a fim de se verificar como se apresenta a publicidade registral imobiliária, bem como quais as suas características e importância nestes diferentes sistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Publicidade registral – Sistema registral imobiliário – Certidão – Imóvel – Legitimação – Fé pública registral.

ABSTRACT: The present work aims at the study of publicity at the real estate registry in the homeland legal system, as well as conducting a study compared with the registry systems of Portugal, Spain and the United State of America. This will initially dealt with assignments, main characteristics and guiding principles of the Brazilian real estate registry system. Subsequently, the registry shall be examined with respect to publicity at the real estate characteristics, purposes and importance in the Brazilian legal system. Once this is done, a study will be compared in order to ascertain how the publicity at the real estate registry stands, as well as its characteristics and importance in these different systems.

KEYWORDS: Real estate registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistema registral imobiliário brasileiro: 2.1 Do Registro de Imóveis; 2.2 Princípios norteadores; 2.3 Princípio da concentração – 3. A publicidade registral no

sistema brasileiro: 3.1 Conceito; 3.2 Publicidade material: 3.2.1 Da averbação premonitória (art. 615-A do CPC); 3.3 Publicidade formal – 4. A publicidade no direito comparado: 4.1 Em Portugal; 4.2 Na Espanha; 4.3 Nos Estados Unidos da América – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo da publicidade registral imobiliária dentro do sistema jurídico brasileiro bem como analisá-la em outros ordenamentos jurídicos, com ênfase no estadunidense, espanhol e português.

O tema adquire especial relevância na medida em que os registros públicos – no qual se insere o registro de imóveis – são órgãos cuja finalidade é dar autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos. Deste modo, a publicidade é uma importante ferramenta neste desiderato, pois não há como se falar em registros de imóveis sem se aludir à publicidade registral.

Igualmente, será realizada uma abordagem a respeito da importância da publicidade registral imobiliária para o ordenamento jurídico brasileiro e qual a eficácia produzida pelo registro.

Procura-se ainda verificar quais os benefícios resultantes da valorização da publicidade registral imobiliária, bem como analisar de que maneira uma maior confiabilidade no registro de imóveis pode auxiliar para proteção de proprietários, adquirentes de imóveis e eventuais credores.

Assim sendo, o segundo item deste trabalho aborda o sistema registral imobiliário brasileiro desde a sua criação até a atual Lei dos Registros Públicos. Com isso, se abordará a definição de registro de imóveis, as suas atribuições, sua finalidade, bem como os princípios norteadores da atividade.

Feita uma análise a respeito do registro de imóveis, realizar-se-á no terceiro item um estudo específico acerca da publicidade registral imobiliária. Será feita uma distinção entre a publicidade registral e os demais tipos de publicidade, quais os efeitos decorrentes da publicidade, quais as consequências da ausência de publicidade, bem como será feita uma abordagem de como a publicidade registral pode auxiliar em outros ramos do Direito, tal como no direito processual civil, auxiliando na prevenção da fraude à execução. Por fim, se analisará os meios pelos quais a publicidade se efetiva, ou seja, quais os meios disponibilizados às pessoas para que estas possam ter conhecimento do que consta no álbum imobiliário.

No quarto item deste trabalho será realizado um estudo comparado acerca da publicidade registral imobiliária. Será feita uma abordagem no tocante aos

sistemas registrais dos Estados Unidos, Espanha e Portugal a fim de se verificar como a publicidade registral é recepcionada e quais as suas características nestes ordenamentos jurídicos.

Deste modo, poderá ser ter uma visão ampla a respeito da publicidade registral, verificando-se as vantagens e desvantagens existentes entre o sistema registral imobiliário brasileiro e os demais.

2. SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

O sistema registral imobiliário brasileiro possui uma grande importância no ordenamento jurídico, tendo em vista que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, basicamente, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis, conforme dispõe o art. 1.227 do CC/2002.

Todavia, o Registro de Imóveis, ainda é, paradoxalmente, pouco “conhecido” pelos cidadãos, inclusive pelos operadores do Direito. Felizmente, tal cenário vem se modificando com o passar dos anos, conforme observa Maria Helena Diniz:

“O registro público destinado ao assentamento de bens imóveis vem não só ganhando grande relevância na seara do direito civil e mercantil, na do direito público, pela sua estreita vinculação com a aquisição da propriedade imobiliária por ato *inter vivos* (CC, arts. 1.227 e 1.245 a 1.247), pela confiança na sua exatidão, garantia pela fé pública, mas também merecendo, por parte dos juristas e dos magistrados, análises mais aprofundadas, pelos vários problemas que suscita e pela necessidade ou obrigatoriedade para resguardar a estabilidade do domínio, preservar a segurança jurídica e possibilitar a verificação estatal do direito de propriedade, controlando os atos praticados pelo titular no exercício de seus direitos, relativamente a outros titulares.”¹

Outrossim, sustentam Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva² que o direito registral imobiliário possui o objetivo certo e determinado de ser instrumento da segurança jurídica, voltada para a paz social.

Assim sendo, se realizará neste segundo item um estudo com relação ao Registro de Imóveis no ordenamento jurídico brasileiro, abordando as suas características principais.

-
1. DINIZ, Maria Helena. *Sistema de registros de imóveis*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.
 2. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.

2.1 Do Registro de Imóveis

Para uma melhor compreensão deste trabalho, antes de passarmos a uma análise do sistema registral imobiliário brasileiro é importante que seja feita uma breve análise dos diferentes sistemas registrais existentes.

Conforme o autor espanhol Angel Cristóbal Montes,³ inúmeros tratadistas procuraram buscar uma classificação dos sistemas registrais existentes.

Todavia, serão analisadas algumas classificações as quais serão importantes para uma melhor compreensão acerca da publicidade registral a seguir estudada.

Quanto à eficácia do registro, Pontes de Miranda⁴ classifica os sistemas registrais em dois grupos: a) sistemas nos quais o registro possui apenas efeitos *erga omnes* (a aquisição opera entre as partes, não necessitando do registro para tanto), e b) os sistemas nos quais o direito real depende do registro para existir, ou seja, os sistemas que tornam a realidade do direito ou a transmissão dele (antes do registro o negócio jurídico não penetra no direito das coisas).

Embora não se afaste substancialmente da classificação adotada por Pontes de Miranda, sustenta Afrânio de Carvalho⁵ a existência de três modelos: o *privatista*; o *publicista* e o *misto*.

Segundo o autor, no modelo *privatista* o título é decisivo entre as partes, sendo a publicidade somente necessária a dar conhecimento a terceiros dos atos os praticados. Este tipo de sistema é também denominado de francês. Por outro lado, no modelo *publicista*, a publicidade é elemento essencial do próprio ato de mutação jurídico-real, o efeito da publicidade neste modelo a publicidade constitui o direito real. Neste modelo, o título é absorvido pelo modo. Há uma abstração entre o título (negócio causal) e o registro.

Conforme explica Serpa Lopes,⁶ há no sistema alemão o princípio do consentimento, pelo qual a parte transmitente, deve, imprescindivelmente, manifestar seu acordo perante o Oficial de Registro de Imóveis. Vale dizer, sempre que for se realizar uma inscrição com fundamento em um pedido deverá este ser efetuado baseado no consentimento da parte prejudicada em seu direito. Isto significa que o acordo realizado perante o Registro de Imóveis é

3. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005.

4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. XI.

5. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

6. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasília Jurídica, 1997. t. I.

valido por si só, independentemente do pactuado no contrato obrigacional. Há a presunção *iure et iure* do registro. Este tipo de sistema é também denominado de germânico.

Informa por fim Afrânio de Carvalho que no modelo *misto*, há uma combinação entre o título e o modo de adquirir. A publicidade possui o duplo efeito de constituir o direito real e anunciá-los a terceiros. Há a presunção *iuris tantum* do registro. Assevera que este é modelo adotado pelo sistema registral imobiliário brasileiro.

O registrador Lysippo Garcia identifica a diferença entre o sistema germânico e o francês, na existência da força probante ou fé pública conferida aos livros de registro. Neste sentido esclarece:

“Sempre que uma legislação, por mais perfeita que seja a organização do registro, lhe recusar a força de provar o direito constante de seus assentos, pertencerá ao grupo de *systema francez*; todas as vezes que, embora organizado deficientemente o Registro, a lei lhe attribuir essa força, será filiada ao *systema germânico*.”⁷

Por outro lado, Carlos Ferreira de Almeida⁸ classifica a publicidade registral em *publicidade-notícia* (sem particulares efeitos no ato praticado), *publicidade declarativa* (*necessária para que os fatos sejam eficazes em relação a terceiros*) e *publicidade constitutiva* (*indispensáveis para que os fatos produzam quaisquer efeitos*):

Melhor explicando, partindo de uma formulação negativa, Carlos Ferreira de Almeida aduz:

“Sem a publicidade – notícia o facto é plenamente eficaz; sem a publicidade declarativa o facto é eficaz apenas em relação a um número reduzido de pessoas, designadamente os seus sujeitos ou partes; sem a publicidade constitutiva o facto não produz quaisquer efeitos.”⁹

Pode-se afirmar que no Brasil foi adotado o sistema misto, uma vez que no Brasil adotou-se o sistema germânico (tendo a publicidade efeitos constitutivos), embora sem se afastar a natureza causal título. Gize-se, o registro está vinculado ao negócio jurídico que o originou. Desta maneira, sendo nulo o negócio jurídico, deverá ser igualmente anulado o registro.

7. GARCIA, Lysippo. *O registro de imóveis: a transcrição*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1922. p. 64.

8. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.

9. Idem, p. 118.

Com relação à publicidade registral, prepondera em nosso sistema a publicidade constitutiva, conforme se depreende do disposto no art. 1.245 do CC/2002. Entretanto, lembra Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹⁰ que há outros tipos de publicidade, tal como a publicidade declarativa, nos casos de aquisição por acessão, usucapião e no direito hereditário. Nestas hipóteses, embora a publicidade tenha somente efeitos declaratórios, é imprescindível o acesso ao Registro de Imóveis para que seja possível a preservação da continuidade registral, bem como da oponibilidade *erga omnes* inerente ao registro.

Feita uma análise acerca das diferentes classificações dos sistemas registrares imobiliários existentes, discorrer-se-á acerca da definição e atribuições do Registro de Imóveis brasileiro.

Lembra Marcelo Augusto Santana de Melo¹¹ que a Lei 6.015/1973 (a Lei dos Registros Públicos), embora tenha em seu art. 1.º, IV, tenha elencado o registro de imóveis como um dos registros públicos, não definiu o que efetivamente vem a ser o registro de imóveis, cabendo à doutrina tal definição.

Partindo da premissa de que o direito registral imobiliário tem o objetivo certo e determinado de ser instrumento da segurança jurídica voltada para a paz jurídica,¹² podemos conceituar o Registro de Imóveis como sendo, nas palavras de Luiz Egon Richter:

“Instituição – coisa, a cargo de um oficial público por força de delegação, que tem por atribuição legal a capacidade para publicizar fatos jurídicos que dizem respeito a bens imóveis, com efeitos constitutivos ou declaratórios do direito real de propriedade, ou direitos reais que recaem sobre o direito real de propriedade imobiliária e, ainda, direitos de natureza obrigacional, como atos ou fatos que dizem respeito aos sujeitos que figuram nos registros, sempre que a lei assim impuser ou autorizar, com a finalidade de dar autenticidade, segurança e eficácia jurídica.”¹³

-
10. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. RDI 59/75-85; SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
 11. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o registro de imóveis. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TIMM, Luciano Bennetti; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
 12. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Op. cit.
 13. RICHTER, Luiz Egon. A problemática conceitual do registro de imóveis – Rudimentos e uma teoria crítica da atividade registral. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 171.

Podemos constatar que o Registro de Imóveis é o órgão encarregado de publicizar fatos ou negócios jurídicos que se relacionem com os imóveis, sejam eles constitutivos, declaratórios ou extintivos cuja finalidade é ser instrumento da segurança jurídica.

Ainda, tendo em vista que o sistema registral imobiliário busca a segurança jurídica, os princípios norteadores da atividade registral imobiliária se mostram de fundamental importância neste desiderato, uma vez que a observância dos mesmos terá como efeito a realização do registro, obtendo-se a ampla publicidade dos atos praticados, bem como a presunção *iuris tantum* de veracidade em favor daquilo que se registrou.

2.2 *Princípios norteadores*

Inicialmente, assevera Flauzilino Araújo dos Santos que os princípios podem ser classificados em *universais ou onivalentes*,¹⁴ *regionais ou plurivalentes*,¹⁵ *monovalentes*¹⁶ ou *setoriais*.¹⁷

Explica ainda que no Direito, um determinado ramo ao receber autonomia, é informado por um conjunto de princípios (os princípios setoriais), os quais garantem as características deste novo ramo.

Entretanto, refere o autor que ainda não é possível afirmar que o direito registral trata-se de um ramo autônomo na ciência do direito, mas sim apêndice do direito civil.¹⁸ Por outro lado, adverte Angel Cristóbal Montes¹⁹ que não há

-
14. Segundo o autor, onivalentes são os princípios lógicos, razão do próprio pensamento humana, quando aplicáveis a todas as ciências. Por exemplo: princípio da identidade – não é possível uma coisa ser e não ser ao mesmo tempo (SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Princípio da legalidade e registro de imóveis. *Boletim do Irib em Revista* 318/20).
 15. Com relação aos princípios plurivalentes, entende que são aqueles comuns aplicáveis a algumas ciências que guardam semelhança entre si, como o princípio da causalidade, das ciências naturais: à causa corresponde dado efeito (*idem, ibidem*).
 16. Por sua vez, os princípios monovalentes são os que servem de fundamento apenas a uma ciência; como por exemplo, o princípio da legalidade, que informa toda a ciência do direito: a lei submete a todos (*idem, ibidem*).
 17. Por fim, os princípios setoriais são os princípios de um ramo de ciência, podendo-se usar a expressão, também, para designar princípios próprios de um setor (*idem, ibidem*).
 18. Em sentido diverso, entendendo pela autonomia do direito registral. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Autonomia registral e o princípio da concentração. *RDI* 49/46.
 19. MONTES, Angel Cristóbal. *Op. cit.*

como negar tratar-se de um setor jurídico com relativa autonomia, tendo em vista suas características e fins peculiares e, em um futuro próximo, alcançará a referida autonomia.

Assim sendo, José Augusto Guimarães Mouteira Guerreiro²⁰ aduz que as regras básicas, caracterizadoras, estruturantes, tanto jurídicas como organizacionalmente que um sistema tem, constituem princípios de registro. Esclarece ainda se tratarem de princípios do registro e não princípios ou regras gerais de direito, ainda que estejam aliadas e ao serviço das soluções vigentes no domínio do direito substantivo. Neste sentido, Flauzilino Araújo dos Santos²¹ sustenta que os princípios registrais se distinguem dos princípios gerais de direito em virtude de sua aplicabilidade *in concreto*, como reposta à legislação para problemas práticos.

Contudo, vale lembrar que a enumeração dos princípios registrais pode ser feita de diversas maneiras, dependendo do critério adotado por cada autor.²²

Assim sendo, em razão das inúmeras possibilidades em se classificar os princípios registrais, serão analisados neste momento aqueles constantes no art. 315 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul,²³ bem como o princípio da concentração, este último por ter íntima relação com a publicidade registral imobiliária, a saber:

Consoante estabelece o art. 3.º da Lei 8.935/1994, o registrador de imóveis é profissional de direito dotado de fé pública. Neste sentido, anotam Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva²⁴ que “a fé pública atribuída aos notários e registradores afirmam a certeza e a veracidade dos atos registrais/notariais realizados”.

20. MOUTEIRA GUERREIRO, José Augusto Guimarães. Publicidade e princípios do registro. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.

21. SANTOS, Flauzilino Araújo dos. *Op. cit.*

22. Para ilustrar, Flauzilino Araújo dos Santos (op. cit.) enumera em 16 os princípios registrais. Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva (Princípios do registro imobiliário formal cit.), referem a existência de 21 princípios no direito registral; e Álvaro Melo Filho (Princípios do direito registral imobiliário. *RDI* 17-18/25-50) defende a existência de 12 princípios.

23. BRASIL. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consolidação Normativa Notarial e Registral. Prov. 32/2006. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Fevereiro_2011_Prov_04.pdf]. Acesso em: 28.08.2011.

24. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal cit., p. 174.

Contudo, cumpre esclarecer que o registro no ordenamento jurídico brasileiro possui tão somente a presunção relativa de veracidade, ou seja, estabelece-se uma presunção *iuris tantum* em favor daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel.

Vale dizer, o princípio da fé pública assegura a inscrição haver sido promovida pelo interessado, embora não assegure que o direito sobre o qual esta inscrição se relacione efetivamente pertença ao disponente. A este efeito Afrânio de Carvalho²⁵ assinala se tratar de fé pública de caráter formal, comum a todos os cartórios.

Entretanto, há na doutrina a chamada fé pública registral, e conforme esclarecem Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas²⁶ possui caráter material, e consiste fundamentalmente que o terceiro que, de boa-fé que celebra um negócio jurídico com o titular registral confiando no que consta no Registro de Imóveis, realiza uma aquisição inatacável, ainda que depois se declare resolvido ou nulo o título de seu transmitente por causas que não constem no álbum imobiliário.

Desta forma, autores como Marcelo Augusto Santana de Melo,²⁷ Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza,²⁸ Afrânio de Carvalho,²⁹ entre outros, sustentam que tecnicamente o sistema registral imobiliário brasileiro, não possui o efeito da fé pública registral mas tão somente o da legitimação (ou presunção).

Desta maneira, esclarecendo a respeito da diferença entre a fé pública e a presunção relativa do registro, sustenta Pontes de Miranda:

“O direito brasileiro distingue a *fé pública* e a *eficácia por presunção de autenticidade e verdade*. Presunção é menos do que fé pública. A presunção, só por si, não protege o terceiro, porque a presunção se elimina, cancelando-se o registro, ou modificando-se, em virtude da retificação. A fé pública assegura a todos que a aquisição ou o modo de proceder, que se baseia na fé pública que o funcionário tenha, está plenamente protegida. Quem adquire o bem registrado, por ter fé pública o oficial do registro, ou quem contrata com alguém,

25. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit.

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

27. MELO, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral. *RDI* 63/53-81.

28. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções fundamentais de direito registral e notarial* cit.

29. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit.

que levou, por escritura pública, algum direito e lho cede, está incólume a decretações de invalidade do negócio jurídico registrado, ou instrumentado, que importassem em retirar-se aquela fé pública. Muito diferente é o que se passa com a presunção. (...) a presunção oriunda do registo nada tem com a fé pública. Pode haver aquela, sem haver essa; se bem que não possa haver essa sem exclusão da prova contra aquela. A relevância da presunção é quase só processual. A da fé pública passa-se no plano do direito material.”³⁰

Assim, é possível afirmar que a presunção oriunda do registro no sistema registral imobiliário brasileiro regula o ônus da prova. Vale dizer, aquele que tem em seu nome um imóvel registrado, em uma eventual ação reivindicatória não precisa fazer prova de que é o proprietário, incumbindo tal ônus ao demandante, tendo em vista que, enquanto não modificado o registro, presume-se pertencer o direito a quem registrou.

Com relação ao *princípio da publicidade* cumpre esclarecer que o tal princípio não diz respeito aos efeitos resultantes do registro (se constitutivo, declaratório etc.), mas sim que o que consta no álbum imobiliário é oponente *erga omnes*.

Assim sendo, sustentam Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva que a publicidade gera a ficção do conhecimento.³¹ Esclarecem os autores que a ficção trata-se de uma invenção do direito, isto é, trata-se de uma disposição legal que tem algo como verdade o que, na realidade inexistente.

Por fim, lembra Carlos Ferreira de Almeida³² que os efeitos da publicidade registral recaem sobre terceiros, ou seja, são oponentes *erga omnes*, desde o momento em que se considere efetuado o registro, haja ou não o efetivo conhecimento dele por quem não seja parte. Vale lembrar, o registro possui oponibilidade contra terceiros ainda que não tenha sido consultado.

Conforme estabelecido no inc. III do art. 315 da Consolidação Normativa Notarial e Registral alhures, o *princípio da obrigatoriedade* impõe o registro dos atos previstos em lei, embora não existam prazos ou sanções pelo seu descumprimento.

Com relação ao *princípio da titularidade*, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 236, bem como o art. 3.º da Lei 8.935/1994 estabelecem que a atividade registral será exercida em caráter privado, em delegação do Poder Público.

30. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 234.

31. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal cit.

32. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.

Com relação ao *princípio da territorialidade* aduzem Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva,³³ que este princípio consiste essencialmente que o exercício das funções delegadas do registrador deverão ser realizadas dentro da área territorial definida em lei, sob pena de nulidade. Tal princípio está disciplinado no art. 169 da Lei 6.015/1973. Vale dizer, este princípio delimita geograficamente a atuação do Oficial do Registro de Imóveis.

Contudo, é imperioso ressaltar que tal princípio é de vital importância para um bom sistema registral imobiliário, uma vez que permite que outros princípios essenciais, como o da continuidade e da legalidade (ou qualificação) funcionem.

Neste sentido anota Luciano Lopes Passarelli³⁴ que na hipótese de que se os registros fossem esparsos, seria extremamente difícil a busca pelo saneamento da propriedade imobiliária.

Vale lembrar que a principal função do registrador é o exame da legalidade ou qualificação dos títulos sujeitos a registro. Logo, é imprescindível que o registrador tenha liberdade decisória para que tal função possa ser cumprida regularmente, ou seja, não pode haver nenhum tipo de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática ou corporativa.

Com isso, Luciano Lopes Passarelli destaca a importância do princípio da territorialidade neste desiderato:

“O registrador deve ter sua independência assegurada para qualificar os títulos relativos aos imóveis de sua circunscrição, sujeito apenas a ver sua decisão alterada pela via regular dos recursos previstos em lei. Admitir a desterritorialização traria inevitavelmente a deletéria situação de o interessado peregrinar de registrador em registrador até achar um que admitisse o registro do seu título. Haveria o risco de mercantilização do registro.”³⁵

Outrossim, analisa Luiz Egon Richter³⁶ que em razão da diferença entre a atividade do notário e do registrador, uma vez que o primeiro atua como um conselheiro das partes e, por ser partícipe da elaboração consensual do

33. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal cit.

34. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

35. Idem, p. 172.

36. RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.

direito, é livre a sua eleição pelos contratantes; o segundo irá qualificar o título elaborado e formalizado quando a matéria for de sua competência e, desta forma, não participa da “elaboração do direito”, sendo, portanto, dispensável a liberdade de escolha pelas partes.

Por sua vez, o *princípio da reserva de iniciativa* estabelece que não está autorizado o oficial a praticar determinados atos sem que haja provocação da parte interessada. Vale dizer, é através do princípio da instância que se inicia a atividade registral.

Todavia, o princípio da reserva de iniciativa possui algumas exceções, ou seja, em determinadas situações é possível o oficial agir sem a provocação da parte. Isso ocorre nos casos de mudança de nome de logradouros pelo Poder Público e na hipótese de retificação que o registrador observar que consta erro evidente no registro.

Com relação ao *princípio da tipicidade*, este preceitua que somente podem ser registrados os títulos previstos em lei. Conforme Walter Ceneviva³⁷ “título é o documento que instrumenta o direito real, apresentado ao registro imobiliário”. Os títulos submetidos a registro estão dispostos no art. 221 da Lei 6.015/1973.

Já o *princípio da especialidade objetiva*, busca diferenciar um imóvel do outro a fim de que não haja confusão entre as propriedades.³⁸ A especialização do imóvel deve ser realizada de maneira que determine de forma o mais inequívoca possível o seu lugar no espaço terrestre, extremando-o de outros.

Por outro lado, o princípio da *especialidade subjetiva* exige a plena e perfeita identificação e qualificação das pessoas nomeadas nos títulos levados ao registro.

Anota Ulysses da Silva³⁹ que tal princípio visa outorgar a certeza de que, por exemplo, em uma alienação, o transmitente seja a pessoa nomeada adquirente no registro de origem.

37. CENEVIVA, Walter. Lei de Registros Públicos comentada. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

38. Lembra Luciano Lopes Passarelli que há histórias que já entraram para o folclore do registro imobiliário acerca das descrições que consignavam que a linha perimetral do imóvel ia até um ponto aonde pastava determinada vaca, ou aonde havia determinada árvore, entre outras (PASSARELLI, Luciano Lopes. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis). RDI 64/163-198).

39. SILVA, Ulysses da. *Direito imobiliário: o registro de imóveis e suas atribuições*. Porto Alegre: Safe, 2008.

Com relação ao *o princípio da disponibilidade* anota Álvaro Melo Filho⁴⁰ que este se vincula ao brocardo latino *nemo dat quot non habet*, ou seja, ninguém pode transferir mais direitos do que tem.

Para Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva⁴¹ tal princípio tem por finalidade controlar o conteúdo e a qualidade dos direitos transmitidos e compreende a disponibilidade física e jurídica do imóvel.

Outrossim, assinala Maria Helena Gandolfo⁴² que o referido princípio possui uma forte ligação com o princípio da continuidade, uma vez que para que alguém disponha de determinado imóvel, é necessário que ele esteja registrado em seu nome.

Com relação ao *princípio da legalidade*, vale lembrar que no Brasil a validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe deu origem e da faculdade de disposição do alienante. Contudo, assinala Afrânio de Carvalho que o registro embora possua efeitos constitutivos, não possui o efeito saneador e, portanto:

“Cumpra interpor entre o título e a inscrição um mecanismo que assegure, tanto quanto possível, a correspondência entre a titularidade presuntiva e a titularidade verdadeira, entre a situação registral e a situação jurídica, a bem da estabilidade dos negócios imobiliários.”⁴³

Este mecanismo referido pelo autor trata-se do exame da legalidade, também conhecido como qualificação registral.⁴⁴ Para Serpa Lopes,⁴⁵ a qualificação dos títulos submetidos a registro é a principal função do oficial de registro de imóveis.

40. MELO FILHO, Álvaro. Op. cit.

41. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal cit.

42. GANDOLFO, Maria Helena Leonel. O direito registral imobiliário brasileiro. Princípios gerais. In: JACOMINO, Sérgio. *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário. XXVII Encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil*. Porto Alegre: Safe, 2002.

43. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 249.

44. Esclarece Sérgio Jacomino que a terminologia qualificação registral penetrou recentemente na doutrina brasileira – por meados da década de 80 – por influência da doutrina espanhola e “substituiu” o chamado exame de legalidade dos títulos (*A qualificação registral: história e importância do direito registral imobiliário brasileiro*. Tese de doutorado em Direito. São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 2003.

45. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasília Jurídica, 1997. t. II.

Ensina Ricardo Dip⁴⁶ que a qualificação registral trata-se do “juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou sua irresignação”.

Lembra ainda Luiz Egon Richter⁴⁷ que a qualificação registral engloba tanto os requisitos extrínsecos (forma) quanto intrínsecos (conteúdo), além de eventuais acessórios, quando necessários, do título apresentado a registro. Neste sentido explica Marcelo Augusto Santana de Melo:

“A qualificação compreenderá, primeiramente, a análise da legalidade do título sob todas as suas formas: se foi expedido pelo órgão competente, se possui indícios de falsidade, se lhe falta algum requisito que a lei lhe obrigue por necessário. Posteriormente, ira aplicar os princípios registrários como trato sucessivo (continuidade), ou seja, se o titular do domínio está transmitindo o que realmente possui (art. 195 e 237 da Lei 6.015/1973); disponibilidade no que se refere à exatidão do direito de propriedade; entre outros como unitariedade matricial etc.”⁴⁸

Esclarece, ainda, o referido autor que na hipótese de qualificação negativa, deve o oficial fundamentar, de forma clara e objetiva, as razões que levaram o título a ter recebido qualificação negativa.

Por fim, dispõe o art. 198 da Lei 6.015/1973, que não se conformando o apresentante com a exigência do oficial ou não podendo a satisfazer, poderá requerer a declaração ou suscitação de dúvida⁴⁹ ao oficial registrador.

O *princípio da continuidade* de acordo com Álvaro de Melo Filho⁵⁰ consiste que cada assento deve apoiar-se no anterior, formando um encadeamento histórico ininterrupto das titularidades jurídicas de cada imóvel, numa concatenação causal sucessiva na transmissão dos direitos imobiliários. Para Afrânio de Carvalho,⁵¹ “a sua essência repousa na necessidade de fazer com que o registro reflita com a maior fidelidade possível a realidade jurídica”.

46. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. In: DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 168.

47. RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas cit.

48. MELO, Marcelo Augusto Santana de. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. *RDI* 68/74.

49. Sobre o procedimento dúvida com maior profundidade, ver em: PAIVA, João Pedro Lamana. *Procedimento de dúvida no registro de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

50. MELO FILHO, Álvaro. Op. cit., p. 25-50.

51. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 286.

Segundo Maria Helena Leonel Gandolfo, o princípio da continuidade é viga mestra do sistema registral e garante a segurança dos registros imobiliários.⁵² Igualmente aduz Afrânio de Carvalho que:

“Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-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.”⁵³

Por fim, vale lembrar que o princípio da continuidade tem algumas exceções, como na hipótese do registro de usucapião, tendo em vista que o imóvel é adquirido originariamente pelo usucapiante e na hipótese de desapropriação, uma vez que não há um transmitente que a realiza a transferência do imóvel, pois a aquisição pelo Poder Público não se vincula a nenhum título anterior, ou seja, não há sucessão entre o expropriado e o expropriante.

Com relação ao *princípio da prioridade*, assinala Francisco Rezende dos Santos⁵⁴ que este ampara-se no aforismo jurídico *prior tempore, potior jure*, ou seja, quem é primeiro no tempo, tem preferência no direito.

No que concerne ao princípio da prioridade, leciona Afrânio de Carvalho que:

“O princípio da prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, este não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento: *prior tempore potior jure*. Conforme o tempo em que surgirem, os direitos toma posição no registro, prevalecendo os anteriormente estabelecidos sobre os que vierem depois.”⁵⁵

Aponta Maria Helena Gandolfo⁵⁶ que, a ordem de preferência é obtida quando da apresentação do título no Registro de Imóveis.

Esclarece Francisco Rezende dos Santos⁵⁷ que será aplicado o princípio da prioridade na sua vertente denominada *prioridade exclusiva* ou também

52. GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Op. cit.

53. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 285.

54. SANTOS, Francisco Rezende dos. Princípio da prioridade. *Boletim do Irib em Revista* 318/38-51.

55. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 191.

56. GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Op. cit.

57. SANTOS, Francisco Rezende dos. Op. cit.

conhecida como *eficácia excludente do título* quando os direitos apresentados no Registro de Imóveis forem excludentes entre si. Por outro lado, assevera o autor⁵⁸ que na hipótese de direitos reais que podem coexistir sobre um mesmo imóvel, será aplicada denominada *prioridade gradual* ou *eficácia preferencial do princípio da prioridade*, ou seja, se forem compatíveis os direitos, aquele que primeiro for apresentado no Registro de Imóveis, terá uma preferência com relação aos demais, vale dizer, será hierarquicamente superior aos demais.

Por fim, sustenta Afrânio de Carvalho⁵⁹ que tal princípio beneficia o diligente e, conseqüentemente, pune o retardatário. Vale lembrar, aquele que primeiro levar seu título a registro, obterá a proteção registral (desde que reúna as condições exigidas), de modo que eventual título apresentado posteriormente não poderá prejudicar o seu direito.

2.3 Princípio da concentração

O princípio da concentração foi inicialmente pensado na doutrina brasileira pelos gaúchos Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva e vem ganhando relevância nacional e internacional.⁶⁰

Sustentam os defensores deste princípio que, uma vez que a Lei 6.015/1973 adotou o sistema do fôlio real, existindo desta forma a figura da matrícula do imóvel em contraposição às inscrições de cunho pessoal e cronológico até então existentes, esta deve ser, portanto, a mais completa possível. Com isso, não serão necessárias outras diligências a fim de se descobrir a existência ou não de fatos jurídicos ou ato jurídico que de alguma maneira tenha relação com a situação jurídica do imóvel, ou às suas mutações subjetivas.

Anota Luciano Lopes Passarelli⁶¹ que este princípio na Europa é denominado *mirror principle*, e impõe que qualquer informação juridicamente relevante sobre o imóvel deverá figurar na matrícula do imóvel, sob pena de ser desconsiderada. Tal princípio busca o afastamento dos “ônus ocultos” do sistema, uma vez que estes “ônus”, por sua vez, ficam afastados de seus

58. Idem.

59. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit.

60. Neste sentido, um dos itens do relatório final da 2.^a Jornada Ibero-Americana de Derecho Registral realizada em Cuba no ano de 2001 assim dispôs: “estudiar la propuesta del Delegado brasileño con relación al principio de la concentración de los actos administrativos y judiciales de manera que estén contenidos en el folio real a fin de poseer una verdadera historia de la finca”.

61. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit.

assentamentos, gerando insegurança jurídica e atentando contra a confiança que a coletividade tem no registro.

Lembra José Augusto Mouteira Guerreiro⁶² que tendo em vista a finalidade do Registro Imobiliário de publicizar *erga omnes* a situação jurídica do imóvel, quanto mais completa e atualizada for esta informação, maior será o grau de proteção jurídica destes.

Com relação ao princípio da concentração, explicam Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva:

“Além dos atos translativos de propriedade, das instituições de direitos reais, a ela devem acorrer os atos judiciais os atos que restringem a propriedade, os atos constrictivos (penhoras, arrestos, sequestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, as declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim, todos os atos e fato que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de se buscar alhures informações outras, o que conspiraria contra a dinâmica da vida.”⁶³

Entendem os doutrinadores que, embora o rol dos direitos reais seja taxativo, o de atos sujeitos a registro é meramente exemplificativo. Encontram como fundamento para o princípio da concentração o art. 167, II, item 5 c/c o art. 246 da Lei 6.015/1973.

Outrossim, de acordo com João Pedro Lamana Paiva⁶⁴ “o registro de imóveis tem força atrativa de todos os fatos relevantes aos bens imóveis, servindo como ímã aos títulos que interessam juridicamente à sociedade”.

Deste modo anota Leonardo Brandelli⁶⁵ que há uma tendência mundial em se concentrar no Registro de Imóveis todas as situações jurídicas que digam

62. MOUTEIRA GUERREIRO, José Augusto Guimarães. O registro imobiliário e o direito à proteção dos dados pessoais. In: _____. *Temas de registro e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.

63. ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Autonomia registral e o princípio da concentração cit., p. 49.

64. PAIVA, João Pedro Lamana. Op. cit., p. 16.

65. BRANDELLI, Leonardo. Publicidade registral imobiliária: uma breve análise da eficácia dos direitos reais e obrigacionais. In: _____. (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método. 2007.

respeito aos imóveis e que devam ser oponíveis a terceiros, uma vez que, um dos efeitos da publicidade registral é a de que são inoponíveis com relação ao terceiro de boa-fé as situações que não estão registradas. Vale dizer, não é possível exigir do terceiro de boa-fé o conhecimento de da situação jurídica sobre a qual não há cognoscibilidade.

Demonstrando essa tendência em se concentrar no Registro de Imóveis todas as situações jurídicas que digam respeito aos imóveis, Marcelo Augusto Santana de Melo,⁶⁶ assinala que a averbação do ajuizamento de execução – denominada na doutrina de averbação premonitória – introduzida recentemente em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.382/2006, além de ser instrumento processual registrário adequado para dar maior segurança ao mercado imobiliário, configura-se por consagrar o princípio da concentração em nosso sistema.

Por fim, ressalta Leonardo Brandelli⁶⁷ que atualmente há uma valorização cada vez maior da publicidade registral como meio eficaz de dar a conhecer certas situações jurídicas a terceiros alheios a ela e, desta forma, o princípio da concentração ganha especial relevância uma vez que nada referente ao imóvel deve ficar alheio à matrícula.

Portanto, o princípio da concentração se mostra de suma importância para o sistema registral imobiliário, uma vez que quanto mais completa for a matrícula, ou seja, quanto a maior quantidade de dados que de alguma maneira tenham relação com o imóvel nela constar, maior será a segurança conferida pelo registro imobiliário e, conseqüentemente, maior será a sua confiabilidade. Desta forma, o princípio da concentração se mostra como um importante aliado na valorização da publicidade registral imobiliária.

3. A PUBLICIDADE REGISTRAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Para que possamos estudar a publicidade registral, é necessário primeiramente fazer uma abordagem sobre as diferentes formas de publicidade, dentre as quais se insere a registral.

A publicidade em sentido amplo, de acordo com Angel Cristóbal Montes⁶⁸ é a atividade orientada a difundir e fazer notório um conhecimento.

66. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral* cit.

67. BRANDELLI, Leonardo. Op. cit.

68. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit.

A autora portuguesa Isabel Pereira Mendes,⁶⁹ sustenta que a publicidade em sentido jurídico pode ser dividida em espontânea ou provocada, embora ambas tenham como característica fundamental consistirem em um meio onde resulta a efetiva divulgação dos atos. Acrescenta Carlos Ferreira de Almeida,⁷⁰ que dentro da publicidade provocada está a publicidade registral, e que se diferencia desta devido a maior perfeição dos meios utilizados e, conseqüentemente, maior grau de cognoscibilidade.

Melhor explicando, na publicidade espontânea não há a intenção de “dar a conhecer”, ou seja, o conhecimento não é procurado pelo titular da situação do fato. A publicidade resulta inevitável por própria natureza do objeto. De acordo com o autor, os mais importantes exemplos desta forma de publicidade são: o nome individual; firma e nome de estabelecimento comercial; a atividade das sociedades comerciais não matriculadas; a posse de coisas móveis; as marcas e a forma dos atos jurídicos formais.

Entretanto, lembra Marcelo Salaroli de Oliveira⁷¹ este tipo de publicidade é pouco desenvolvida e muitas vezes insuficiente, tendo em vista que no caso do nome da pessoa natural,⁷² ou no nome do estabelecimento comercial,⁷³ a publicidade espontânea foi robustecida pela publicidade registral.

Por outro lado, aduz Carlos Ferreira de Almeida⁷⁴ que a publicidade provocada possui como característica fundamental a intenção específica de “dar a conhecer”. Identifica o autor dois diferentes meios de publicidade provocada, os meios de conhecimento precários e os meios de conhecimentos duradouros, os quais são baseados em critérios de maior ou menor perdurabilidade e de maior ou menor conexão entre os fatos publicados.

Com relação aos meios precários de conhecimentos precários, aduz Carlos Ferreira de Almeida⁷⁵ que “são aqueles que se materializam numa fonte de conhecimento cuja capacidade de transmissão é, por natureza, limitada no tempo”. São exemplos de meios precários de conhecimento os proclamas, os editais e os anúncios.

69. MENDES, Isabel Pereira. *Estudos sobre registo predial*. Coimbra: Almedina, 2003.

70. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.

71. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

72. Objeto do registro civil das pessoas naturais.

73. Objeto do registro do comércio.

74. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.

75. Idem, p. 81.

Por outro lado, refere o autor⁷⁶ que “os meios duradouros de conhecimento são aqueles que se materializam em fontes de conhecimento indefinidamente perduráveis no tempo”. São definidos como meios duradouros de conhecimentos os arquivos e os assentos. Esclarece Marcelo Salaroli de Oliveira:

“Os meios duradouros – arquivos e assentos – diferente entre si também pelos aspectos formais: os primeiros são a mera guarda de documentos em lugar apropriado, normalmente sob ordem cronológica, já os seguintes contam com a participação do agente público, que colhe as declarações dos interessados ou transcreve o teor do documento, integralmente ou por extrato, em livros próprios que permanecem sob sua custódia. Em ambos os casos, as informações conservadas devem estar franqueadas aos interessados, seja por meio de certidões dotadas de fé pública, seja pela própria consulta dos livros e documentos.”⁷⁷

Leciona Carlos Ferreira de Almeida⁷⁸ que em ambos os casos é possível realizar-se a conexão entre os documentos arquivados ou entre os assentos constantes nos Livros através dos atos de *averbamento*. Vale dizer, os *averbamentos* visam outorgar o conhecimento da situação jurídica pessoal ou real ao objeto a que se ligam.⁷⁹ Com isso, para o autor “o registo é, numa noção aproximativa e material, um assento susceptível de averbamentos”.⁸⁰

Desta maneira, tendo em vista que a publicidade em sentido jurídico relaciona-se com a intenção de tornar cognoscíveis determinadas situações jurídicas, podemos observar que este conhecimento poderá ser feito de diferentes maneiras. Ou seja, é possível que este conhecimento seja feito sem que haja a intenção específica do seu titular, como ocorre no caso da publicidade espontânea, como poderá ser obtido quando há o intento de que

76. Idem, *ibidem*.

77. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit., p. 12.

78. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.

79. Exemplifica o autor que “não é registo o simples atestar do casamento de duas pessoas; não é ainda verdadeiramente, se a esse casamento se averba o nascimento de cada um dos nubentes; há autêntico registo apenas se a ordem jurídica estabelecer que todos os factos interessando o estado civil duma pessoa, sejam entre si averbados, em torno dum assento principal, que será o de nascimento. Então a ordem jurídica dará a conhecer não só cada um dos factos, conjuntamente com aqueles que os modificarem ou extinguam, mas toda a situação jurídica – estado civil – de uma pessoa: o nascimento, filiação, interdição, adopção, casamento, divórcio etc.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.).

80. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., p. 83.

os demais tenham conhecimento de determinada situação jurídica, na hipótese de publicidade provocada.

3.1 Conceito

No tocante à publicidade registral, ressalta Marcelo Salaroli de Oliveira⁸¹ que a publicidade registral na realidade trata-se da publicidade provocada, acrescentada de uma complexa organização e perfeição técnica, tendo em vista que na passagem de um sistema de publicidade estruturado em arquivos para um sistema de assentos, a atividade publicitária deixa de ser mera recepção e conservação de documentos e passar a ser acompanhada por um juízo de legalidade.

Complementando o conceito de publicidade registral, Ricardo de Angel Yaguez,⁸² aduz que a publicidade imobiliária é aquela que tem por finalidade oferecer o conhecimento público com relação às circunstâncias ou acontecimentos que possam de alguma forma ter alguma relevância jurídica com relação aos bens imóveis.

Com isso, assevera Ari Álvarez Pires Neto⁸³ que o Registro de Imóveis não se trata de um mero repositório de títulos, muito pelo contrário, mas se caracteriza como um órgão controlador dos aspectos formais dos títulos apresentados, aplicando os princípios registrais, ou seja, realiza a chamada qualificação, visando outorgar segurança jurídica, confiabilidade ao sistema e a ampla publicidade dos atos.

Assim, Isabel Pereira Mendes traz uma definição de publicidade registral imobiliária:

“A publicidade registral imobiliária é aquela que tem em vista a segurança do tráfico jurídico sobre bens imóveis, constituindo o fim específico do Registro Predial, o qual, para sua plena eficácia, supõe uma organização complexa, baseada na conexão de cada objeto com os factos determinantes de sua situação jurídica, e uma evolução técnica que permita um conhecimento dos actos cada vez mais céleres no tempo e mais alargados no espaço.”⁸⁴

81. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit.

82. ANGEL YAGUEZ, Ricardo de. *Apariencia jurídica, posesión y publicidade inmobiliaria registral*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1982. vol. 4.

83. PIRES NETO, Ari Álvarez. Registro, cancelamento e bloqueio de matrícula. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TIMM, Luciano Bennetti; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

84. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit., p. 16.

Desta forma, podemos observar que a publicidade registral imobiliária constitui o meio apropriado e mais eficaz de dar a conhecer a terceiros sobre a atualizada situação jurídica de determinado imóvel. Assim, anota Leonardo Brandelli⁸⁵ que hodiernamente caminha-se no sentido de se outorgar maior valorização à publicidade registral imobiliária neste desiderato.

Ainda, vale lembrar que a publicidade registral imobiliária pode ser analisada sob dois aspectos: o aspecto material e o aspecto formal. O aspecto material diz respeito aos efeitos oriundos da publicidade. Já o aspecto formal tem a ver com a materialização ou concretude da publicidade que é feita através de um documento: a certidão do Registro de Imóveis.

3.2 Publicidade material

Em razão do princípio da publicidade, uma vez realizado o registro este gera a ficção do conhecimento, não sendo possível a alegação de desconhecimento do mesmo, ou seja, não se admite prova do desconhecimento por parte daqueles a quem o fato é oposto. Vale dizer, esta presunção de conhecimento é inelidível.⁸⁶

Ainda, publicidade material relaciona-se com os efeitos resultantes desta publicidade, podendo ser analisada sob a sua dimensão positiva (oponibilidade) ou sob a sua dimensão negativa (inoponibilidade).

Cumpra esclarecer que a publicidade material não diz respeito propriamente à eficácia do que se registrou, uma vez que efetuado o registro (não importando se será constitutivo, declaratório e de mera notícia) este é oponível *erga omnes*.

Assim sendo anota Serpa Lopes,⁸⁷ que a dimensão positiva da publicidade relaciona-se a oponibilidade do registro, ou seja, os atos registrados são tidos como conhecidos e, portanto, possuem oponibilidade *erga omnes*. O registro será oponível, produzindo todos os seus efeitos desde a sua apresentação no protocolo (se posteriormente obter qualificação positiva) até o momento em que for cancelado. Neste sentido dispõem o art. 1.246 do CC/2002 e o art. 252 da Lei 6.015/1973.

Desta forma, o titular do direito é aquele que constar no álbum imobiliário enquanto não se cancelar ou anular o registro. Igualmente, em razão da oponibilidade outorgada ao registro, a hipoteca e a penhora, bem como

85. BRANDELLI, Leonardo. Op. cit.

86. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit.

87. SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., t. I.

quaisquer outros atos levados a registro subsistem enquanto não cancelados os seus respectivos registros.

Entretanto, reclama maiores cuidados a publicidade material em sua dimensão negativa, uma vez que de acordo com Serpa Lopes⁸⁸ os atos não registrados, não possuem qualquer eficácia de inoponibilidade perante terceiros, pois são tidos como desconhecidos.

Desta maneira, sustenta Leonardo Brandelli⁸⁹ que não havendo o registro, não podem os terceiros de boa-fé serem atingidos por situações jurídicas sob as quais não há cognoscibilidade. Todavia, assinala Luciano Lopes Passarelli que não é isto o que ocorre no Brasil:

“Em sua dimensão negativa, a publicidade material postula que quem contrata confiando no conteúdo registral não pode ser penalizado. Este aspecto também sofre muitas exceções 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 título, não paga os impostos respectivos, não cumpre a função social da propriedade imobiliária, mantendo – à margem do mundo jurídico.”⁹⁰

Assim sendo, a publicidade material em sua dimensão negativa adquire grande relevância para um sistema registral na medida em que é muitas vezes a partir do que não consta no álbum imobiliário que surgem os conflitos relacionados à propriedade imobiliária. Um exemplo bastante elucidativo, o qual demonstra a importância da dimensão negativa da publicidade material trata-se de um acórdão proferido pelo TJRJ com relação a um caso de revogação de doação de um imóvel, assim ementado:

“Doação de imóvel realizada por casa à filha separada judicialmente, passando todos a residirem no mesmo local. Desavenças verificadas entre mãe e filha quatro anos após a doação ocasionando registros policiais com imputação de injúria e ameaça. *Ação de revogação de doação intentada exclusivamente pela mãe em face da filha. Venda do imóvel pela donatária a terceiro de boa-fé no curso da ação de revogação.*”⁹¹ (grifos do original)

88. Idem.

89. BRANDELLI, Leonardo. Op. cit.

90. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit., p. 99.

91. TJRJ, ApCiv 200500131577/Madureira, 2.^a Câ. Civ., rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, apelante: João José Antônio da Costa Thomaz, apelada: Thereza Nazareth Soriano Cavassim. Disponível em: [<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/>]

Este exemplo, embora bastante específico, demonstra a relevância da dimensão negativa da publicidade material, ou seja, da inoponibilidade perante terceiros de boa-fé do que não consta no álbum imobiliário, uma vez que caso a autora da ação de revogação houvesse averbado no Registro de Imóveis a existência da ação antes do registro da compra e venda do imóvel, não seria possível ao adquirente do imóvel alegar o desconhecimento desta demanda.

Igualmente, se, por exemplo, o proprietário de um imóvel outorga uma escritura pública de compra e venda a uma pessoa e este adquirente não leva a escritura ao Registro de Imóveis, ela será inoponível aos terceiros de boa-fé. Assim, se este mesmo proprietário outorgar outra escritura pública de compra e venda sobre o mesmo imóvel a outra pessoa e esta diligentemente levá-la ao Registro de Imóveis, este segundo adquirente será o proprietário do imóvel, uma vez que a primeira escritura em que pese tenha sido entabulada anteriormente, por não ter sido registrada, não poderá ser oponível perante este segundo comprador de boa-fé.

Assim sendo, Marcelo Salaroli de Oliveira,⁹² alerta que um dos principais desafios a um sistema registral imobiliário consiste na harmonização entre a proteção do direito de seu verdadeiro titular (segurança estática) ou a proteção daquele que adquire o direito (segurança dinâmica). Com isso, assinalam Francisco Javier Sánchez Calero e Blanca Sanchez Calero⁹³ que um sistema de publicidade terá um alcance distinto se optar por proteger o titular registral ou os terceiros que adquiram o direito confiando na veracidade do registro.

Melhor explicando, esclarece José Luiz Lacruz Berdejo⁹⁴ que a segurança estática estabelece que não se pode produzir uma modificação desfavorável das relações patrimoniais de uma pessoa sem que a mesma concorde com isso; já a segurança dinâmica preceitua que uma modificação favorável das relações patrimoniais de uma pessoa não pode ficar sem efeito devido a circunstâncias que ela mesma ignore. Ou seja, sustenta Henrique Ferraz de Mello⁹⁵ que de um lado a segurança dinâmica estabelece que o terceiro de boa-fé tem a seu favor

faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003A22F8F991F668FFAB565DB79329D211BA215C3260B5A]. Acesso em: 05.09.2011.

92. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit.

93. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit.

94. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Lecciones de derecho inmobiliario registral*. 2. ed. Zaragoza: Artes Gráficas, 1957.

95. MELLO, Henrique Ferraz de. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. RDI 53/35-59.

a aparência da titularidade confiado ao proprietário putativo, enquanto por outro lado a segurança estática preceitua que o proprietário verdadeiro tem a segurança de que o registro não será alterado sem o concurso de sua vontade.

Todavia, é uníssona a doutrina ao afirmar que o sistema registral existe, sobretudo como ferramenta para outorga de segurança jurídica às transações envolvendo imóveis, ou seja, o principal beneficiário do sistema registral deve ser o adquirente.⁹⁶ Com isso, podemos verificar que a importância da publicidade para o sistema registral reside na proteção que ela outorga ao terceiro adquirente de boa-fé que, confiando no que consta no registro imobiliário, e portanto na publicidade registral imobiliária, adquire um imóvel ou direito real sobre ele.

Todavia, para uma melhor compreensão do tema, é importante a retomada de alguns conceitos tais como o do princípio da legitimação e o da fé pública registral.

Basicamente, o princípio da fé pública registral consiste que, com relação aos terceiros adquirentes de boa-fé, o registro possui presunção absoluta de veracidade. Neste sentido esclarecem Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas:

“(...) la presunción es *iuris et de iure*, lo que quiere decir que, aunque se demuestre lo contrario, el contenido del Registro se mantiene exacto e integro, siempre que se trate de proteger al tercer adquirente que confió en las declaraciones del Registro. Son las consecuencias del principio de fe pública registral.”⁹⁷

Já o princípio da legitimação consiste que o registro possui a presunção relativa de veracidade, inclusive com relação a terceiros. Desta forma, asseveram de Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas:

“La presunción es *iuris tantum*, lo que significa que se mantiene como verdadera la titularidad publicada por el Registro, mientras no se demuestre que no concuerda con la realidad jurídica. A este efecto de la presunción de exactitud se le denomina principio de legitimación.”⁹⁸

Assim, a diferença existente entre o princípio da fé pública registral e o princípio da legitimação é a de que no primeiro considera-se verdadeiro o que

96. Neste sentido: Afrânio de Carvalho, Marcelo Salaroli de Oliveira, Maria Isabel Pereira Mendes, Ricardo de Angel Yaguez etc.

97. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit., p. 138.

98. Idem, ibidem.

consta no Registro Imobiliário ainda que não o seja. Entretanto, esta presunção absoluta do registro relaciona-se tão somente com os terceiros de boa-fé. Neste sentido, explica Isabel Pereira Mendes:⁹⁹

“A fé pública registral consiste em que a presunção *iuris tantum* que emerge da inscrição a favor do transmitente se transformar em *iuris et de iure*, em face de terceiros adquirentes de boa-fé que tenham confiado nos dados registrais e feito, por sua vez, o registro a seu favor.”

Contudo, para que o adquirente seja considerado como um terceiro de boa-fé, elucidam Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas:

“La buena fe del tercero existe en la medida en que realiza la adquisición del derecho con el convencimiento de la exactitud del contenido registral. El adquirente cree que el titular registral es el verdadero titular del derecho que adquiere y que tiene el poder de disposición suficiente para llevar a efecto el acto traslativo.”¹⁰⁰

Ainda, esclarece Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹⁰¹ que somente no “*Registro Torrens*” (exclusivo para imóveis rurais, de elevados custos, de complexa sistemática e de pouquíssimo uso) se estabelece a presunção absoluta em face de todos, e não apenas dos terceiros de boa-fé.

Destarte, ressalta Marcelo Salaroli de Oliveira,¹⁰² que se um sistema de publicidade adotar o princípio da legitimação, estará o terceiro adquirente de boa-fé apenas relativamente protegido, enquanto em um sistema que adote o princípio da fé pública, o terceiro adquirente de boa-fé estará totalmente protegido.

Assim sendo, lembra Afrânio de Carvalho¹⁰³ que o sistema registral imobiliário brasileiro possui tão somente o princípio da legitimação, não vigorando em nosso ordenamento jurídico o princípio da fé pública registral, uma vez que o terceiro adquirente de boa-fé não está totalmente protegido quando da aquisição da propriedade imobiliária.

Cumpra esclarecer que se no sistema registral imobiliário brasileiro houvesse o princípio da fé pública registral, nesta situação o adquirente de boa-fé restaria protegido.

99. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit., p. 28.

100. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit., p. 154.

101. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Ainda as certidões de feitos ajuizados. *Boletim do Irib em Revista* 331/26-31.

102. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit.

103. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit.

Logo, o adquirente poderá ver frustrada a sua aquisição, mesmo estando de boa-fé se, por exemplo, título de aquisição daquele que consta como proprietário no Registro de Imóveis possui algum vício, pois, conforme lembra Marcelo Augusto Santana de Melo,¹⁰⁴ uma vez declarada a nulidade do registro, todos os registros subsequentes serão automaticamente cancelados.

Igualmente, o adquirente poderá ser prejudicado, sofrendo os efeitos de eventual fraude à execução na hipótese de o proprietário estar em estado de insolvência ou sendo executado, tendo em vista que, de acordo com Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni,¹⁰⁵ a fraude à execução constitui ato atentatório à dignidade da justiça, trata-se de ilícito penal e, caso reconhecida, a transação é ineficaz perante o exequente. Neste diapasão, aduz Araken de Assis:

“Em outras palavras, o ato fraudulento existe e vale entre os figurantes do negócio jurídico, mas é ‘como se’ não existisse perante o credor, que poderá ignorá-lo, penhorando, desde logo, o bem fictamente ‘presente’ no patrimônio do obrigado. Por isso, o juiz declarará a fraude, incidentalmente, nos próprios autos da execução.”¹⁰⁶

Destarte, com o intuito de resolver o problema da fraude à execução, a Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, introduziu em nosso ordenamento jurídico a figura da averbação premonitória, disciplinada no art. 615-A do CPC, a qual passaremos a analisar.

3.2.1 Da averbação premonitória (art. 615-A do CPC)

A fraude à execução é sem dúvida um problema crônico do nosso direito. Assim sendo, com o intuito de se outorgar maior efetividade ao processo e a dignidade da justiça, a Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, trouxe importantes modificações para a execução, dentre as quais se destaca a introdução da possibilidade de o exequente no ato da distribuição obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução para fins de averbação no Registro de Imóveis, consoante estabelece o art. 615-A do CPC.

O artigo em comento trata-se de uma importante ferramenta à disposição do exequente para prevenir-se contra a fraude à execução uma vez que, conforme

104. MELO, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral cit.

105. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 621.

106. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 295.

assinalam os processualistas Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni,¹⁰⁷ “a finalidade evidente do art. 615-A, CPC é antecipar o marco a partir do qual se pode considerar fraude à execução alienações ou onerações realizadas pelo demandado”. Ou seja, em razão da publicidade do Registro de Imóveis, a partir da data da averbação premonitória¹⁰⁸ não poderá o terceiro alegar desconhecimento da demanda, uma vez que o objetivo desta averbação é dar conhecimento da formação do processo de execução o qual poderá alterar ou modificar o direito de propriedade.

Vale lembrar que esta medida é realizada a partir da iniciativa do exequente, o qual com a certidão comprobatória do ajuizamento da execução poderá proceder a averbação junto ao Registro de Imóveis. Assim, ressalta Sérgio Jacomino¹⁰⁹ que “trata-se de um fenômeno bastante relevado de colaboração com o Poder Público para a movimentação e realização da jurisdição, não mais atuando as partes como meros expectadores do desenvolvimento do processo”.

Igualmente, assevera Marcelo Augusto Santana de Melo,¹¹⁰ que ela possui duas finalidades claras: a primeira é como prova absoluta de fraude à execução em caso de transferência do imóvel; a segunda é que ela serve como alerta para futuros adquirentes de que o imóvel eventualmente poderá ser afetado ao pagamento de uma ação de execução.

Logo, é evidente que a averbação premonitória é um instrumento criado para proteção do exequente, uma vez que se antecipam os efeitos da publicidade que se obtinha apenas por ocasião do registro da penhora. Porém, é inegável a proteção aos terceiros de boa-fé, pois estes são advertidos sobre a existência de litígio, cujos efeitos poderão recair sobre aquele determinado imóvel.

Ainda, a averbação no Registro de Imóveis do ajuizamento de execução, conforme advertem Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni,¹¹¹ constitui mera faculdade do demandante, não havendo qualquer sanção processual pela sua não utilização. Contudo, ressalta Sérgio Jacomino¹¹² que a ausência da referida averbação inverte o ônus da prova, presumindo-se de boa-fé a aquisição

107. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 621.

108. Expressão cunhada por Sérgio Jacomino, adotada pelos doutrinadores em matéria registral.

109. JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores: a *probatio diabólica* e o santo remédio. *Boletim do Irib em Revista* 331/14.

110. MELO, Marcelo Augusto Santana de. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral cit.

111. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit.

112. JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores cit.

por parte do terceiro. Vale dizer, a ausência da averbação premonitória gera a *inoponibilidade* das pretensões do exequente frente aos terceiros de boa-fé. Desta forma, caberá ao exequente comprovar que o terceiro estava de má-fé quando da aquisição do imóvel.

Gize-se que a averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006 é uma importante ferramenta em favor do exequente, bem como é de grande valia para proteção do adquirente de boa-fé, pois conforme esclarece Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“Hoje, o que ocorre no foro judicial já não pode ser perfeitamente conhecido. Por outro lado, a publicidade do processo se tornou extremamente precária; isso vai determinar precisamente que o sistema eleja um dispositivo que marque essa publicidade com mais segurança e fácil acesso por parte daquele que pretende negociar. Estamos falando da superioridade da publicidade registral.”¹¹³

Portanto, a averbação premonitória visa outorgar maior efetividade ao processo, uma vez que antecipa a presunção de conhecimento da pendência perante terceiros, a qual anteriormente só ocorria a partir do registro da penhora, bem como valoriza a publicidade registral imobiliária e o princípio da concentração, pois com a certidão do Registro de Imóveis é possível afirmar que o terceiro de boa-fé terá pleno conhecimento de que o imóvel poderá vir a ser objeto de restrição judicial.

3.3 Publicidade formal

Conforme estudado, em razão do princípio da publicidade, uma vez efetuado o ato registral, tendo sido ou não consultado, este se torna público, possuindo oponibilidade *erga omnes* perante toda a sociedade. Conforme esclarece Luciano Lopes Passarelli¹¹⁴ a eficácia do registro decorre dele mesmo, de *per si*, quer tenha sido ou não formalmente publicizado, ou seja, a publicidade formal não se relaciona com a eficácia do registro.

Entretanto, ensina Carlos Ferreira de Almeida¹¹⁵ que para que haja publicidade, é preciso que exista a obrigação de dar a conhecer aos interessados o conteúdo dos assentos. Vale dizer, é de suma importância que as pessoas possam ter acesso a esse conteúdo, ou seja, é imprescindível que haja um meio pelo qual se possa efetivamente ter conhecimento do que consta no álbum imobiliário.

113. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Publicidade das demandas judiciais: o registro imobiliário é o sinal próprio e adequado. *Boletim do Irib em Revista* 331/58.

114. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit., p. 100.

115. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., p. 82.

Desta maneira, asseveram Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas a respeito do aspecto formal da publicidade:

“Para que el Registro cumpla su finalidad principal de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, es preciso que los particulares puedan conocer su contenido. Con este objetivo, la publicidad formal hace referencia a los medios a través de los cuales se puede llegar a ese conocimiento.”¹¹⁶

Para o autor espanhol José Maria Chico y Ortiz¹¹⁷ é através da publicidade formal que se é possível conhecer sobre eventuais discrepâncias entre o que consta no registro e a realidade jurídica do imóvel, bem como fazer efetiva a publicidade material.

A respeito da importância da publicidade formal, destaca Leonardo Brandelli:

“Os direitos reais somente serão efetivamente direitos reais, dotados da característica da oponibilidade *erga omnes*, se o direito fornecer algum instrumento adequado de publicidade que permita à coletividade tomar conhecimento da existência de tal direito, sem o que não poderá afetar a terceiros de boa-fé, sob pena de haver afronta ao princípio da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e até mesmo da justiça. Assim, sem um meio eficaz de publicidade, não se terá um efetivo direito real, oponível a terceiros, uma vez que estes o desconhecirão; poder-se-á chamar de direito real, mas em verdade não o será, ou não o será em sua plenitude, por encontrar sérias restrições jurídicas decorrentes da ignorância de sua existência por terceiros. O mesmo se diga a respeito dos direitos puramente obrigacionais que devam ser oponíveis em relação a terceiros, como certos direitos de preempção, por exemplo: se não forem publicizados, sua oponibilidade esvai-se.”¹¹⁸

Assim sendo, a publicidade formal é atingida no sistema registral brasileiro através da certidão do Registro de Imóveis, a qual, nos termos do art. 17 da Lei 6.015/1973,¹¹⁹ é disponível a qualquer pessoa, sem que haja a necessidade de se demonstrar qualquer interesse para tanto.

Todavia, é importante esclarecer que as informações que os oficiais são encarregados de fornecer às partes não se confundem com as certidões.

116. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit., p. 209.

117. CHICO Y ORTIZ, José María. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 4. ed. atual. Madrid: Marcial Pons, 2000. t. I, p. 187.

118. BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., p. 239.

119. “Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.”

Assim sendo, aduz Walter Ceneviva¹²⁰ que a informação caracteriza-se por ser simples notícia disponibilizada àquele que possui interesse no ato jurídico correspondente ao registro, ao passo que a certidão corresponde ao instrumento escrito lavrado pelo Registro de Imóveis afirmando a existência ou não de ato ou fato constante de seus registros, constituindo-se como elemento de prova, nos termos do art. 217 do CC/2002.¹²¹

Ainda, a informação deve ser deferida somente às partes, ou seja, somente àqueles que de alguma maneira possuam interesse na situação jurídica daquele determinado imóvel.¹²²

Esclarece Luciano Lopes Passarelli¹²³ que as informações prestadas pelo registrador devem se restringir aos procedimentos de natureza exclusivamente registrária. Neste sentido, o autor se utiliza do disposto no art. 222.7 da Lei Hipotecária espanhola¹²⁴ para fundamentar sua posição.

Logo, a atuação do oficial, no tocante às informações, deve ser relativa às matérias que guardem relação com o procedimento do registro, não sendo função do oficial esclarecimentos sobre a melhor maneira de entabular determinado negócio jurídico ou resolver certa pendência, sob pena de invadir a competência de outros profissionais, como a dos notários e dos advogados.

Por outro lado, o meio apropriado para que as pessoas possam ter conhecimento da situação jurídica do imóvel é através das certidões do Registro de Imóveis as quais em razão do princípio da publicidade podem, e devem, ser disponibilizadas a qualquer pessoa, sem que seja necessário demonstrar interesse para tanto. Esta é a disposição do art. 17 da Lei 6.015/1973.

A certidão imobiliária assegura a publicidade no sistema registral, uma vez que permite que se conheça o teor dos registros. Segundo Javier Sanchez Calero

120. CENEVIVA, Walter. Op. cit., p. 40.

121. “Art. 217. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.”

122. Luciano Lopes Passarelli entende como parte somente aqueles que figurem diretamente no registro ou no título aquisitivo ainda não registrado (*Teoria geral da certidão imobiliária* cit.).

123. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit.

124. “Los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten.”

e Blanca Sanchez Calero Arriba¹²⁵ “Las certificaciones son traslados, bajo la fe del registrador, del contenido del Registro”. Igualmente, leciona Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹²⁶ que a certidão “é ato administrativo enunciativo e consiste em trasladar para o documento a ser entregue ao requerente o que consta dos arquivos do serviço público”. Por fim, Moacyr Amaral Santos traz a seguinte definição de certidão:

“Certidões são, igualmente, cópias extraídas dos livros de notas ou outros ou dos autos judiciais pelos escrivães ou tabeliães. Mas enquanto os traslados constituem uma nova via, verdadeira duplicata ou reprodução do documento original, a certidão é a asseveração autentica, feita por oficial público e com as formalidades legais, do documento constante de suas notas, livros ou autos judiciais.”¹²⁷

Deste modo, cumpre esclarecer que certidão é ato enunciativo do que consta nos assentos do registro imobiliário e, portanto, não possui quaisquer efeitos além de o de publicização dos atos de registro.

Todavia, de modo algum isto diminui a importância que a certidão possui para a publicidade registral, uma vez que, nas palavras de Luciano Lopes Passarelli:

“A certidão constitui, por assim dizer, o momento – ápice, o apogeu da atividade registral imobiliária. Tudo é feito, tudo é construído, tudo é pensado tendo em mente esse momento máximo, que é a síntese dos objetivos buscados pelo sistema: a certidão, na qual a sociedade encontra todos os elementos necessários para ter conhecimento da situação jurídica do imóvel, e assim tomar as decisões que entender pertinentes.”¹²⁸

Ademais, é possível perceber a importância da certidão uma vez que estabelece o art. 225 da Lei 6.015/1973 que a elaboração de escrituras públicas, autos judiciais e instrumentos particulares deve ser fundamentada na certidão expedida pelo Registro de Imóveis.

Outrossim, cumpre esclarecer que a parte somente terá conhecimento do teor dos registros através da certidão, a qual constitui-se como via indireta

125. Trad. livre: São traslados, sob a fé do registrador, do conteúdo do Registro (SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit., p. 211).

126. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário cit., p. 75.

127. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1954. t. IV, p. 283.

128. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit., p. 111.

de publicidade. Assim, não está o oficial obrigado a mostrar os livros, prática então autorizada pelo art. 19 do Dec. 4.857/1939.¹²⁹

Deste modo, se mostra interessante a decisão proferida em 2006 pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo no processo de dúvida relativa à cobrança de emolumentos pela “consulta visual” de algumas matrículas dos imóveis, da qual vale a pena transcrever a sua parte final:

“Deste modo, impõe-se concluir que, não se admitindo a sistemática de ‘consulta visual de alguma das matrículas de imóveis’ em Serventia Predial, uma vez que o sistema de publicidade registrária é, em regra, indireto, por certidão ou informações (que não se confunde com exibição de livros ou fichas), fica automaticamente prejudicada a dúvida referente à respectiva cobrança de emolumentos. (...) Diante do exposto, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de dar por prejudicada a presente consulta, por irregularidade no pressuposto fático que lhe serve de suporte (‘consulta visual de matrículas’), com determinação de ciência ao consulente e, ainda, de encaminhamento ao MM. Juiz Corregedor Permanente do 2.º Oficial de Registro de Imóveis deste parecer e da decisão que eventualmente o aprovar, para que dê ciência ao referido oficial, objetivando estancar eventual prática de publicidade direta das matrículas nessa unidade de serviço, se houver. Sub censura.”¹³⁰

Desta maneira, em razão de ser a certidão a via adequada para se obter o conhecimento a respeito do teor dos registros, vale lembrar que existem três espécies de certidões: a *de inteiro teor*, a *em resumo* e a *em relatório*.

A certidão de inteiro teor, consoante esclarece Walter Ceneviva¹³¹ reproduz um determinado registro por inteiro, ou seja, trata-se de documento completo alusivo a determinado ato.

Com relação às certidões em resumo, assevera Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹³² que estas se caracterizam por conterem parte ou período de um ato, dando-lhes as indicações essenciais.

129. “Art. 19. Os oficiais, bem como as repartições encarregadas dos registros serão obrigados: 1.º, a passar as certidões requeridas; 2.º, a mostrar às partes, sem prejuízo da regularidade do serviço, os livros de registro, dando-lhes, com urbanidade, os esclarecimentos verbais que pedirem”. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/legislacao/111135/decreto-4857-39].

130. TJSP. Prot. 42.249/2005, *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 60, p. 331-333. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.

131. CENEVIVA, Walter. Op. cit.

132. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário cit., p. 76.

Por fim, aduz o autor que as certidões em relatório respondem articuladamente a quesitos apresentados pelo requerente, a qual deverá mencionar a existência ou inexistência de dados correspondentes. Acrescenta Moacyr Amaral Santos¹³³ que esta espécie de certidão apenas transcreve pontos indicados.

Ainda, registra Nicolau Balbino Filho,¹³⁴ a existência de uma quarta espécie de certidão emitida pelo Registro de Imóveis: a certidão negativa, pela qual se afirma que não existe o ato ou fato que à parte interessa conhecer.

Com relação à certidão de inteiro teor, dispõe o § 1.º do art. 19 da Lei 6.015/1973 que esta certidão poderá ser extraída por meio datilográfico ou reprográfico. Deste modo, aduz Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹³⁵ que nas hipóteses de certidões de livros antigos, normalmente a certidão se dará por meio datilográfico, ao passo que nas certidões qual já exista a matrícula do imóvel, a certidão se dará a partir da cópia desta, autenticada pelo oficial ou funcionário autorizado.

Com relação a imóveis que estejam devidamente matriculados, sustenta Maria Helena Gandolfo,¹³⁶ que a forma mais segura e econômica de expedição de certidão é através do meio reprográfico, uma vez que não há possibilidade de existir ônus sobre o imóvel matriculado, bem como qualquer averbação que não conste da respectiva matrícula. Vale dizer, a fotocópia da matrícula do imóvel, devidamente autenticada, constitui a certidão de inteiro teor por meio reprográfico. Com relação às certidões efetuadas a partir do meio reprográfico, assevera Ricardo Dip:

“Quanto a essas certificações, não se põe a questão gnosiológica de eleição do conteúdo do instrumento certificante, ao reverso do que ocorre com as certidões ‘em resumo ou em relatório conforme quesitos’ (art. 19 da LRP), que exigem do certificador a aferição no ética das informações indispensáveis à validade das mesmas certidões (arg. do art. 21, da Lei cit.)”¹³⁷

Sustenta, por fim, o autor, no escólio de Miguel Norberto Falbo, que com a certidão por fotocópia resta marginalizada qualquer possibilidade de erro ou omissão na certificação.

133. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit.

134. BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

135. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Expedição de certidões pelo registro imobiliário cit.*, p. 77.

136. GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Op. cit.

137. DIP, Ricardo Henry Marques. *Certidões integrais do registro imobiliário: da prevalência do meio reprográfico*. In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 413.

De acordo com Afrânio de Carvalho outra vantagem da adoção do meio reprográfico da certidão de inteiro teor, consiste que esta modalidade simplifica a rotina da serventia, tendo em vista que, basta uma fotocópia da matrícula do imóvel devidamente autenticada para se constituir a certidão. Deste modo, aduz Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza,¹³⁸ que embora não haja atualmente nos serviços de registro imobiliário uma padronização na forma de expedição das certidões, o meio reprográfico é o mais adequado para tanto, devendo ser adotado como padrão para a expedição das certidões.

Portanto, podemos notar relevância que possui a certidão imobiliária para o sistema registral, tendo em vista que é a partir dela que efetivamente podemos ter conhecimento do conteúdo dos registros, ou seja, do *status* jurídico dos bem imóvel, inclusive de eventual discrepância entre este e a realidade extrarregistral, bem como é a certidão que concretiza e possibilita a publicidade material, sendo a sua espécie mais adequada e que lhe outorga maior segurança a certidão de inteiro teor através do meio reprográfico.

4. A PUBLICIDADE NO DIREITO COMPARADO

O presente item tem por objeto o estudo comparado da publicidade registral imobiliária e, desta forma, será igualmente realizada uma abordagem dos sistemas registrais imobiliários de cada um dos países estudados.

Conforme destaca José Augusto Mouteira Guerreiro,¹³⁹ o direito registral imobiliário possui uma vocação comparativista. Desta forma, podemos observar esta inclinação ao estudo comparado do direito na medida em que se realizam, com grande frequência inúmeros Congressos Internacionais de Direito Registral, os quais visam o aperfeiçoamento e sistematização da matéria.

Assim sendo, embora não seja possível o esgotamento da matéria, será realizado um estudo com relação às principais características dos sistemas registrais imobiliários estrangeiros, especificamente do estadunidense, português e espanhol, procurando-se efetuar-se um cotejo com as características do sistema registral brasileiro.

Desta forma, será possível constatar semelhanças e diferenças entre cada um dos ordenamentos jurídicos e, com isso, poderá se verificar eventuais vantagens e desvantagens existentes no nosso ordenamento jurídico com relação aos demais.

138. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário cit.

139. MOUTEIRA GUERREIRO, José Augusto Guimarães. Op. cit.

Por fim, a partir do estudo comparado, é possível verificar qual a importância dada à publicidade registral em diferentes ordenamentos jurídicos, qual a segurança que ela outorga aos cidadãos, bem como quais os mecanismos existentes para se alcançar este objetivo.

4.1 *Em Portugal*

Inicialmente, vale referir que em Portugal constituição, transmissão ou modificação dos direitos reais sobre imóveis, consoante estabelece o art. 408.º, n. 1, do Código Civil lusitano,¹⁴⁰ não depende do registro para se realizar.

Com isso, assinala Isabel Pereira Mendes¹⁴¹ que o direito português baseia-se no princípio da consensualidade, ou seja, a transferência da titularidade de um bem imóvel é realizada através do contrato entabulado entre as partes, e não pelo registro, sendo este apenas condição de oponibilidade perante terceiros.

Entretanto, em algumas situações, tais como no caso da hipoteca e da penhora, o registro é constitutivo, uma vez que a eficácia da hipoteca está condicionada à realização do registro.

Neste sentido dispõe o art. 4.º do Código de Registo Predial¹⁴² acerca da eficácia do registro entre as partes.

Como resulta do exposto, podemos referir que o sistema registral português é em parte declarativo e em parte constitutivo, predominando, todavia, a publicidade-declarativa.

Contudo, nas hipóteses de publicidade-declarativa, o registro embora não constitua, transfira ou modifique direitos, serve para dar uma maior segurança às partes, afastando os riscos que poderão advir de um contrato não levado a registro. Desta forma, esclarece Mónica Jardim:

“Tentando conciliar essa regra com o princípio da consensualidade consagrado no art. 408.º, n. 1, do Código Civil, por força do qual a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada se dá por mero efeito

140. Art. 408.º n. 1, do Código Civil português: “A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei”.

141. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit.

142. “Art. 4.º Eficácia entre as partes: 1 – Os factos sujeitos a registo, ainda que não registados, podem ser invocados entre as próprias partes ou seus herdeiros. 2 – Exceptuam-se os factos constitutivos de hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo.”

do contrato, a melhor doutrina afirma que o registro consolida as situações jurídicas emergentes dos atos sujeitos a registro, ao assegurar-lhes a manutenção da sua plena eficácia – interna e externa. E que, conseqüentemente, na falta de registro, quem seja parte no negócio corre o risco de, com base na situação registral anterior – em relação à qual funciona a presunção de titularidade de direito –, ver constituída e registrada em favor de outrem uma situação jurídica incompatível com a emergente do seu negócio e sobre ela prevalecente, na medida em que beneficia de registro prioritário.”¹⁴³

Igualmente, o ordenamento jurídico lusitano adota o sistema do fólio real, uma vez, segundo ressalta Isabel Pereira Mendes,¹⁴⁴ “a base de todo o sistema consiste na descrição do prédio”, existindo, portanto, a figura da matrícula do imóvel conforme pode se conferir no Anexo deste Trabalho.

Ainda, consoante dispõe o art. 1.º do Código de Registo Predial, a finalidade do Registo Predial¹⁴⁵ é a de outorgar segurança ao comércio jurídico imobiliário, dando publicidade à situação jurídica dos imóveis. Vale dizer, a publicidade no sistema português tem por objetivo a proteção da segurança dinâmica. Neste desiderato, o sistema luso consigna diversos princípios norteadores a fim de alcançar um elevado grau de credibilidade e certeza.

Desta maneira, refere Isabel Pereira Mendes¹⁴⁶ a existência dos seguintes princípios no ordenamento jurídico português: da instância, da prioridade, da especialidade, da legalidade ou qualificação, da continuidade e da legitimação.

Deste modo, o princípio da instância encontra-se disciplinado nos arts. 41.º a 41.º-E do Código de Registo Predial, podendo o pedido ser realizado pessoalmente, por via eletrônica, por correio, por telecópia ou por via imediata.

Com relação ao princípio da prioridade, este se encontra disciplinado no art. 6.º do referido diploma legal estabelece que o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que lhe seguirem relativamente aos mesmo bens. Adverte José Augustos Mouteira Guerreiro¹⁴⁷ que, assim como no sistema brasileiro, o princípio da prioridade está vinculado ao brocardo latino *prior in tempore*,

143. JARDIM, Mónica. A segurança jurídica gerada pela publicidade registral em Portugal e os credores que obtêm o registro de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial. *Boletim do Irib em Revista* 323/110.

144. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit.

145. Cumpre esclarecer que em Portugal o registro de imóveis é denominado registro predial.

146. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit.

147. MOUTEIRA GUERREIRO, José Augusto Guimarães. Op. cit.

potior in iure. Com isso, terá prioridade ou preferência, aquele direito que primeiramente seja levado a registro, não importando qual foi primeiramente constituído.

Desta forma, conquanto predomine a publicidade-declarativa no sistema português, ou seja, a transmissão da propriedade não ocorre com o registro, o princípio da prioridade estabelece que aquele que der publicidade ao negócio jurídico, terá prioridade ou preferência no seu direito, com relação aos atos que posteriormente venham a ser levados registro.

Por sua vez, o princípio da especialidade vem disposto nos arts. 82.º e 93.º, n. 3, ao tratar da especialidade objetiva e da especialidade subjetiva, respectivamente.

Já o princípio da continuidade, disciplinado no art. 34.º do Código de Registo Predial, estabelece que o registro definitivo de encargos por negócio jurídico depende da previa inscrição dos bens em nome de quem os onera.

Por sua vez, o princípio da legalidade (ou qualificação), inserido no Capítulo V, nos arts. 68.º e ss. do Código de Registo Predial, estabelece que só podem ser registrados os fatos que estejam conformes com a lei e seja baseados em títulos válidos e corretos.

Contudo, esclarece José Augusto Mouteira Guerreiro¹⁴⁸ que o *conservador* ao realizar o juízo de legalidade, poderá tomar três atitudes: efetuar o registro definitivo (realizando a chamada qualificação positiva), recusar o registro (realizando a qualificação negativa), ou efetuar o registro provisório.

Com relação ao registro provisório, ele pode ser *provisório por natureza*, quando a lei expressamente prevê esta hipótese; ou pode ser provisório *por dúvida*, quando há alguma deficiência que impede que o registro seja lavrado como definitivo, embora esta deficiência não seja tão grave a ponto de se determinar a sua recusa. As hipóteses do registro provisório por *natureza* estão dispostas no art. 92.º, ao passo que a hipótese do registro provisório por *dúvidas* encontra-se no art. 70.º, ambos do Código de Registo Predial.

Ainda, vale referir que o registro será lavrado como provisório *por dúvidas* quando não for possível ser definitivo, não estando previsto nas hipóteses de provisoriedade por *natureza* e também não cabe a recusa, nos termos do art. 69.º. Ou seja, a provisoriedade por *dúvidas* não se relaciona com eventual hesitação do conservador a respeito da legalidade do título. Desta forma, explica José Augusto Mouteira Guerreiro:

148. Idem.

“A respeito destas provisórias, a Lei Hipotecaria de 1863 referia-se (no art. 67.º) aos casos em que os títulos apresentados eram de ‘duvidosa legalidade’. A propósito – e tal como hoje pacificamente se entende – convém frisar o seguinte: o *conservador não pode duvidar*, nem também a legalidade do título ou do acto pode ser *duvidosa*. É, ou não é, legal. Falta, ou não falta, certo documento ou determinada declaração. Em suma: quando o conservador qualifica um acto como provisório por dúvidas não pode ser porque ele próprio *hesite* ou tenha *as suas dúvidas* acerca da qualificação. É, sim, porque *tem a certeza* de que *deve ser essa* (e só poderá ser essa) a caracterização do acto.”¹⁴⁹

Assim sendo, podemos dizer que o registro provisório é instrumento existente no sistema português em benefício da publicidade registral, pois não sendo hipótese de se lavrar o registro definitivo, poderá este ser realizado de forma provisória, dando-se conhecimento a terceiros a respeito de determinado fato jurídico, bem como nos termos do art. 6.º, n. 3, do Código de Registro Predial, convertendo-se em definitivo, conservará a prioridade que tinha enquanto provisório.

Interessante referir que no sistema brasileiro, via de regra, a qualificação ou será positiva, gerando o registro definitivo; ou será negativa, ocasionando a impugnação do título. Contudo, no âmbito estadual, podemos verificar que de certa forma existe a figura do registro provisório, conforme estabelece item 4 do art. 424 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul, na hipótese de ausência de requisitos formais para o que possa ser efetuada a averbação das penhora.

Ademais, outro importante instrumento que atua para uma maior valorização da publicidade registral, é a obrigatoriedade do registro. Porém, cumpre esclarecer que, diferentemente do que ocorre no Brasil, o sistema português estabelece no art. 8.º-C do Código de Registro Predial, determinados prazos para que seja promovido o registro. Assim, não sendo respeitado tal prazo, haverá uma sanção àquele que deveria promover e não o fez, vale dizer, não atendidos os prazos estipulados em lei, os emolumentos devidos serão pagos em dobro.

Ainda, embora a inscrição no registro não seja indispensável para que se opere a constituição, transmissão ou modificação dos direitos, uma vez feita essa inscrição se estabelece uma presunção em favor daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel, consoante estabelece o art. 7.º do Código de Registro

149. Idem, p. 60.

Predial. Vale lembrar que assim como no ordenamento jurídico brasileiro, esta presunção é *iuris tantum* e, portanto, elidível mediante prova em contrário.

Contudo, refere Isabel Pereira Mendes¹⁵⁰ que embora de forma pouco clara e polêmica existe no sistema português o princípio da fé pública registral. Ou seja, esta presunção poderá converter-se em *iuris et de iure* com relação aos terceiros adquirentes de boa-fé e a título oneroso, que tenham confiado no que consta no registro, desde que, estes tenham levado a registro determinado fato jurídico, anteriormente a eventual registro de ação de nulidade, conforme estipula o art. 17.º, n. 2, do Código de Registo Predial.

Assim sendo, tendo em vista que, via de regra, o registro no ordenamento jurídico português não é pressuposto para a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, bem como uma vez realizado, possui presunção relativa de veracidade.

Deste modo, afirma Mónica Jardim¹⁵¹ que o seu principal efeito é o da oponibilidade e o da inoponibilidade, uma vez que só depois que o fato é registrado que ele será oponível perante terceiros, conforme preceitua o art. 5.º do Código de Registo Predial. Vale dizer, uma vez efetuado o registro, este gera a ficção de conhecimento perante todos, e com isso, a publicidade registral protege o titular inscrito perante atos não inscritos.

Ainda, com relação ao aspecto formal da publicidade registral imobiliária, esta se efetiva através da certidão, a qual é fornecida a qualquer pessoa. Vale dizer, nos termos do art. 110.º, n. 1 e 2. do Código de Registo Predial, a publicidade formal é indireta, ou seja, tem-se conhecimento do que consta no álbum imobiliário através da certidão, bem como esta terá validade de um ano, podendo ser revalidada por igual período.

Destarte, nos casos de compra e venda de imóvel, embora a publicidade registral seja apenas declarativa, o contrato enquanto não levado a registro, somente será eficaz perante as partes, sendo possível a alienação sucessiva da mesma coisa por parte de quem é titular inscrito. Desta forma, em razão do princípio da prioridade, o primeiro adquirente que levar o contrato a registro será tido como o proprietário do imóvel, mesmo que tenha realizado o negócio jurídico posteriormente aos demais.

Com isso, é possível referir que uma vez que o registro somente é oponível *erga omnes* a partir da data de sua realização, ele assegura ao adquirente que,

150. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit.

151. JARDIM, Mónica. Op. cit.

não havendo qualquer transmissão ou oneração publicizada, estas não poderão lhe ser opostas. Vale dizer, o que não está registrado, é *inoponível* ao terceiro adquirente de boa-fé. Neste diapasão, assevera Mónica Jardim:

“(...) a informação que o registro transmite ao adquirente é meramente negativa: diz-lhe que o seu transmitente na vendeu ou onerou o prédio – se o tivesse feito, ali deveria estar o correspondente assento. Publicidade, referida à *inexistência de um ato anterior* de alienação ou oneração. Pode ser que, na realidade, o haja – que o prédio, de fato, tenha sido vendido antes a alguém que não registrou sua aquisição –, mas, para o adquirente que inscreve, os atos anterior não registrados são tratados como se não existissem.”¹⁵²

Por fim, podemos ressaltar que a publicidade registral imobiliária no ordenamento jurídico português tem por finalidade a proteção do mercado imobiliário, ou seja, está voltada para a proteção da segurança dinâmica, uma vez que o registro, com algumas exceções, não possui efeitos constitutivos, possuindo em favor do titular inscrito a presunção *iuris tantum* de veracidade, bem como de oponibilidade *erga omnes*.

Igualmente, conforme referido, o sistema registral lusitano protege o terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso quando este, confiando no conteúdo da publicidade adquire e registra um direito a seu favor quando não estiver publicizada qualquer ação de nulidade do referido registro.

Neste sentido explana Isabel Pereira Mendes:

“Assim, o registo jurídico de bens imobiliários, nos moldes em que é organizado na maioria dos países, tal como já atrás referimos, tem por objetivo a proteção da aparência jurídica, ou seja, uma *segurança dinâmica que radica e se apoia na segurança estática*, e consiste que o subadquirente que, de boa fé, adquira um direito inscrito no registro, e que por sua vez o inscreva a seu favor, deve ficar imunizado contra qualquer forma de impugnação do registro anterior a favor do transmitente.”¹⁵³

Neste desiderato, além dos princípios registrais que em muito se assemelham aos constantes no sistema brasileiro, existem no ordenamento jurídico português alguns mecanismos – tais como o registro provisório e a estipulação de prazos para a sua promoção, sob pena de pagamento em dobro dos emolumentos devidos – os quais buscam dar maior valorização à publicidade registral imobiliária, outorgando uma maior confiabilidade no Registro Predial.

152. Idem, p. 120.

153. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit., p. 48.

4.2 Na Espanha

O sistema registral imobiliário espanhol, tal como o sistema português, adota o princípio da consensualidade. Ou seja, refere Isabel Pereira Mendes,¹⁵⁴ que salvo no caso da hipoteca – a qual, nos termos do art. 145 da Lei Hipotecária espanhola, depende da inscrição para se constituir –, as transferências da propriedade operam-se mediante a tradição, sendo despicienda a realização do registro.

Vale dizer, coexistem no sistema espanhol a publicidade-declarativa e a publicidade-constitutiva. Neste sentido aduz José María Chico y Ortiz:

“(...) el sistema español, en el que podrían distinguirse de una parte, las inscripciones declarativas de carácter general y, de otra, algunos supuestos de inscripciones constitutivas. Por ello, en el Derecho español el dominio puede adquirirse y los derechos reales puedan constituirse, llevar una vida plenamente eficaz fuera del Registro, e incluso en ocasiones en contradicción con el mismo.”¹⁵⁵

Assim sendo, o registro no ordenamento jurídico espanhol não cria, extingue ou modifica direitos sobre a propriedade imóvel, sendo tão somente declarativo, salvo no caso da hipoteca.

Ainda, refere Jose Antonio Alvarez Caperochipi¹⁵⁶ que o imóvel é o elemento organizador do registro, ou seja, é adotado o sistema do fólio real, consoante dispõe o art. 243 da Lei Hipotecária espanhola.

Entretanto, cumpre esclarecer que embora o seja adotado o sistema do fólio real, os registros são efetuados em um livro. Esta modalidade de registro diferencia-se da que é realizada no Brasil, uma vez que no sistema registral brasileiro, os registros são realizados em folhas avulsas (fichas), e não especificamente em livros encadernados.

Aduz José María Chico y Ortiz¹⁵⁷ que, exceto em determinados casos por imposição legal, o sistema espanhol se baseia na voluntariedade do registro. Ou seja, o registro não é obrigatório, não havendo sanções em razão de não ser promovido.

154. Idem.

155. CHICO Y ORTIZ, José María. Op. cit., p. 141.

156. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 1986.

157. CHICO Y ORTIZ, José María. Op. cit.

Entretanto, vale lembrar que ainda que o registro não possua eficácia constitutiva nem seja imperiosa a sua promoção, isto não significa que a publicidade registral neste sistema careça de importância, uma vez que, conforme se verificará, o registro espanhol é um dos que outorga maior segurança aos seus usuários.

Igualmente, refere Isabel Pereira Mendes¹⁵⁸ que o sistema registral imobiliário espanhol possui os seguintes princípios: da instância (v. art. 6.º da Lei Hipotecária), da prioridade (v. arts. 17.º, 24.º, 25.º, 32.º, 248.º e 249.º), da especialidade (v. arts. 8.º, 9.º e 243.º), da legalidade (v. arts. 18.º, 19.º, 65.º, 99.º e 100.º), do trato sucessivo (v. art. 20.º), da legitimação (v. art. 38.º), da fé pública registral (v. arts. 34.º e ss.).

Todavia, tendo em vista que tais princípios já foram abordados em momento anterior, a fim de evitar tautologia, será feita uma análise tão somente daqueles que de alguma maneira possuam características distintas daquelas até então estudadas.

Desta forma, conforme visto, o princípio do trato sucessivo (ou continuidade) estabelece que deve haver um encadeamento jurídico das inscrições. Vale dizer, para que alguém possa transmitir um imóvel, é imperioso que o mesmo esteja registrado em seu nome. Contudo, assevera Jose Antonio Alvarez Caperochipi,¹⁵⁹ que a Lei Hipotecária espanhola permite que, em casos típicos e taxativamente determinados, seja possível o registro de títulos outorgados por quem não é o efetivo titular registral. Refere o autor que este mecanismo é denominado de “trato abreviado”, estando disposto no art. 20 da Lei Hipotecária espanhola.

Com relação ao princípio da legitimação, este estabelece uma presunção relativa de veracidade do registro, conforme dispõe o art. 38 da Lei Hipotecária espanhola.

Assim sendo, o princípio da legitimação registral estabelece que, enquanto não se demonstrar a inexatidão do registro, presume-se verdadeiro o constante no Registro.

Entretanto, ressaltam Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas¹⁶⁰ que o sistema registral espanhol também adota o princípio da fé pública registral e, portanto, com relação aos terceiros adquirentes de boa-fé o registro possui presunção absoluta de veracidade. Ou seja, para a proteção

158. MENDES, Isabel Pereira. Op. cit.

159. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio. Op. cit.

160. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit.

do adquirente e, conseqüentemente do mercado imobiliário, a presunção de veracidade do registro é absoluta, vale dizer, o registro é exato e íntegro, ainda que se demonstre o contrário.

Assim sendo, aquele que realiza determinado negócio jurídico e o inscreve, confiando com o que consta no Registro, estará plenamente protegido de eventuais defeitos que poderão surgir.

A presunção absoluta de veracidade outorgada ao registro, outorgada aos terceiros adquirentes de boa-fé, refere-se à dimensão positiva da publicidade material, ou seja, relaciona-se com a oponibilidade do que consta registrado. Este aspecto da publicidade registral está disciplinada no art. 34 da Lei Hipotecária espanhola.

Por outro lado, o princípio da fé pública pode ser analisado a partir dimensão negativa da publicidade material, ou seja, relaciona-se com a inoponibilidade, uma vez que o que não consta no Registro, é considerado inexistente e desta forma não poderá prejudicar quem contrata confiando no conteúdo registral, consoante estabelece o art. 32 da Lei Hipotecária. Vale dizer, considera-se o registro íntegro e completo, sendo inoponível ao terceiro tudo o que não apareça inscrito no registro.

Com isso esclarece José María Chico y Ortiz¹⁶¹ que em razão do disposto no art. 32 da Lei Hipotecária, caso seja constituído um direito real sobre um imóvel, porém tal direito não seja levado a registro, poderá sempre ser ignorado por um terceiro que adquira a propriedade e registre seu título. Assim sendo, o direito real será inoponível perante terceiros, caso não seja realizada a inscrição.

Deste modo, assevera Angel Cristóbal Montes com relação ao princípio da fé pública registral no sistema espanhol:

“Portanto, o regime hipotecário espanhol vigente compila plenamente o princípio da fé pública registral, pelo qual se proclama a ficção de exatidão do registro (tanto no sentido de verdadeiro como no de íntegro e completo), em benefício do terceiro que adquire a título oneroso fiado nos dados registraes e inscreve seu direito. Tal terceiro fica a salvo das ações que tutelem direitos não inscritos e que, segundo as regras do Direito civil, poderiam tornar-se efetivas contra ele: apenas pode prejudicar o inscrito ou anotado no registro, qualquer que seja o assento em que apareça compilado, e enquanto não se cancele.”¹⁶²

161. CHICO Y ORTIZ, José María. Op. cit.

162. MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit., p. 273.

Portanto, podemos notar que a publicidade registral imobiliária no sistema espanhol embora se caracterize preponderantemente por ser uma publicidade-declarativa, ou seja, não opera a transmissão da propriedade, em razão do princípio da fé pública registral, outorga uma ampla proteção ao adquirente de boa-fé que realiza determinado negócio jurídico confiando no que consta no álbum imobiliário, bem como igualmente o protege daquilo que não consta no Registro.

Ainda, referem Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas¹⁶³ que existem algumas situações jurídicas que tem a possibilidade de provocar uma modificação jurídico-real sobre um determinado imóvel, contudo, por diversas razões, não podem ter acesso ao Registro de uma maneira definitiva. Deste modo, a fim de garantir, futuramente, aos titulares destas situações jurídicas a sua efetividade frente a terceiros que, em razão da inoponibilidade poderiam alegar o desconhecimento das referidas situações, a Lei Hipotecária espanhola, possibilita as chamadas “anotações preventivas”.

Deste modo, esclarece Ricardo de Angel Yaguez¹⁶⁴ que as “anotações preventivas” tratam-se de assentos provisórios de determinadas circunstâncias que, embora não constituam necessariamente direitos, são dignas da publicidade registral e, por conseguinte, da proteção inerente ao Registro.

Ainda, cumpre lembrar que as “anotações preventivas”, nos termos do art. 86 da Lei Hipotecária, estão submetidas à um prazo de caducidade, o qual é geralmente de quatro anos, podendo prolongar-se por mais quatro anos, desde que a prorrogação ocorra antes que se caduque a referida anotação; igualmente, as circunstâncias suscetíveis de “anotação preventivas” estão dispostas no art. 42 da referida lei. Com isso, exemplificam Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas:

“Ocurre cuando la situación anotada es una facultad o una pretensión causa de una posible modificación del derecho inscrito (p. ej., una demanda de reivindicación de la propiedad de una finca inscrita en el Registro), o cuando la situación anotada es transitoria por falta de concreción del derecho sobre una finca (p. ej., el derecho de los coherederos hasta que se practique la partición), o cuando el título presentado a inscripción adolece de un defecto subsanable y el Registrador suspende la practica del asiento (anotación preventiva por defecto subsanable).”¹⁶⁵

163. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit.

164. ANGEL YAGUEZ, Ricardo de. Op. cit.

165. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit., p. 176.

Portanto, os objetos das anotações preventivas são determinadas situações jurídicas que embora não sejam passíveis de obter o registro definitivo, têm acesso ao Registro Imobiliário que, em virtude da oponibilidade da publicidade material, restam protegidas em relação ao terceiro adquirente de boa-fé.

Ainda, lembra Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza,¹⁶⁶ que no Brasil pode-se requerer uma certidão imobiliária sem declinar o motivo e, desta forma, é possível que um proprietário de má-fé obtenha diversas certidões alienando sucessivamente o mesmo imóvel. Com isso, o adquirente que primeiramente levar seu título a registro terá assegurada a preferência de seu direito real, restando aos demais a busca por reparação de danos em face do alienante. Desta maneira, importantes doutrinadores defendem a adoção da chamada “reserva de prioridade”, a qual, segundo João Pedro Lamana Paiva:

“Consiste na possibilidade de o adquirente de boa-fé *antes* de lavrar a escritura pública de compra e venda, hipoteca, promessa de compra e venda e etc., reservar a prioridade de seu direito até a apresentação do título no Ofício Imobiliário.”¹⁶⁷

Podemos notar a “reserva de prioridade” na expedição da “certidão acautelatória”, embora somente em âmbito estadual, a qual consiste essencialmente que a expedição de uma certidão é averbada na matrícula do imóvel, de modo que se for expedida nova certidão, dentro do prazo de 30 dias, constará nesta a existência da primeira. Deste modo, o segundo requerente terá conhecimento da existência de eventual negócio jurídico relativo ao imóvel. Esta modalidade de certidão está disciplinada no art. 327 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul.

Assim sendo, refere Luciano Lopes Passarelli,¹⁶⁸ que a “reserva de prioridade”, com efeito de uma “anotação preventiva”, tal como no direito espanhol, previne a possibilidade de alienações sucessivas do mesmo imóvel. Vale dizer, expedida a certidão com “reserva de prioridade”, durante o seu prazo de validade o interessado teria a segurança da imutabilidade da situação do imóvel, bem como um terceiro adquirente teria conhecimento da real situação em que o imóvel se encontra.

166. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário cit.

167. PAIVA, João Pedro Lamana. Reserva de prioridade. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=86&id_noticias_area=1]. Acesso em: 04.08.2001.

168. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária* cit.

Com relação à publicidade formal no sistema registral imobiliário espanhol, ressaltam Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas que as informações poderão ser solicitadas pelas pessoas que, ao juízo do Registrador, tenham interesse de consultar o conteúdo dos livros. Portanto, diferentemente do que ocorre em outros países, como no Brasil e Portugal, é preciso demonstrar o interesse legítimo em se ter acesso ao conteúdo do registro imobiliário, vale dizer, é preciso “convencer” o registrador de que se tem interesse para tanto. Tal regra está disposta no art. 221 da Lei Hipotecária.

Ainda, com relação à publicidade formal, esta se efetivará através das certidões, notas simples informativas ou com a exibição dos livros. Vale dizer, diferentemente do que ocorre no sistema brasileiro, a publicidade registral imobiliária no direito espanhol poderá tanto ser da forma direta ou indireta.

Assim, com relação à publicidade direta, ou seja, exibição dos livros, esclarecem Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas¹⁶⁹ que, conforme preceitua o art. 222.1 da Lei Hipotecária, o registrador tomando as devidas precauções e não retirando os livros da serventia, poderá deferir a consulta aos livros àqueles que tenham interesse legítimo para tanto.

Por sua vez, a publicidade indireta no sistema espanhol poderá se apresentar de duas maneiras: pela expedição da nota simples informativa ou através das certidões.

As notas simples informativas, disciplinadas no art. 222.5 da Lei Hipotecária, de acordo com Francisco Javier Sanchez Calero e Blanca Sanchez Calero Arribas¹⁷⁰ consistem na reprodução integral ou por extrato do conteúdo dos assentos vigentes relativos a um determinado imóvel, devendo constar na mesma a sua identificação, o proprietário, a dimensão e eventuais gravames existentes. Assim a nota simples deve refletir fielmente os dados contidos nos assentos. Contudo, vale dizer que a nota simples, possui tão somente valor informativo.

Por sua vez, a certidão, assim como ocorre no Brasil, são trasladados sob a fé pública do registrador, podendo ser expedidas em sua forma integral ou por extrato. Por fim, refere José Luis Lacruz Berdejo¹⁷¹ que as certidões possuem valor de documento público e somente é através delas que se pode se pode efetivamente verificar a situação jurídica do imóvel.

169. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. Op. cit.

170. Idem.

171. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Op. cit.

Por fim, podemos referir que a publicidade registral imobiliária no direito espanhol, salvo algumas exceções, não possui efeitos constitutivos, sendo dispensável para a constituição, modificação e extinção de direitos reais.

Contudo, vale lembrar que embora predomine a publicidade-declarativa, o sistema registral espanhol é considerado um dos mais seguros na atualidade, uma vez que ao adotar o princípio da fé pública registral, protege plenamente aquele que entabula determinado negócio jurídico confiando no conteúdo dos assentos propiciando assim, uma maior confiabilidade no Registro de Imóveis e, conseqüentemente, uma maior valorização da publicidade registral imobiliária.

4.3 *Nos Estados Unidos da América*

Inicialmente, conforme adverte Robert Kratovil,¹⁷² cumpre esclarecer que nos Estados Unidos América, cada Estado possui sua própria Constituição, leis e jurisprudência. Deste modo, diferentemente do que ocorre no Brasil, no qual o sistema registral imobiliário é disciplinado por lei federal, o sistema registral imobiliário estadunidense carece de um direito uniforme, uma vez que as leis concernentes Registro de Imóveis variam de Estado para Estado, tendo em vista as diferentes condições locais.

Entretanto, os princípios básicos relacionados à transferência da propriedade não se diferenciam substancialmente de um Estado para outro e, desta forma, será feita uma abordagem de um modo geral da publicidade registral no sistema estadunidense.

O sistema registral imobiliário estadunidense possui na realidade dois modelos distintos: o sistema de Registro de Documentos, os chamados “Recording of Deeds”; e o sistema do “Registro Torrens”.

O “Registro Torrens” trata-se de um método alternativo ao sistema de Registro de Documentos (“Recording of Deeds”) e, conforme Frank Cross e Roger Miller corresponde a um método pelo qual a propriedade é adquirida através de um procedimento judicial:

“Under this system, the title is registered in a judicial proceeding. All parties claiming an interest in the property are notified of the proceeding and are given an opportunity to assert their claims. After the hearing, the court issues a certificate of title, which is similar to an automobile title, to the person found to be the owner. All encumbrances are noted on the certificate,

172. KRATOVIL, Robert. *Real estate law*. 6. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1974.

and when the property is sold, the certificate is transferred to the grantee along the deed.”¹⁷³

Todavia, esclarece Quintin Johnstone¹⁷⁴ que esse sistema é de uso muito limitado no país, sendo permitido tão somente em 11 Estados. Ainda, tendo em vista que no Brasil também há o “Registro Torrens” – igualmente de pouquíssima utilização – será feita uma abordagem do sistema de Registro de Documentos que, devido às suas características, reclama maior atenção.

Este sistema de publicidade existente nos Estados Unidos caracteriza-se por ser um sistema no qual apenas se traslada e conserva contratos privados a fim de se proporcionar provas documentais da titularidade. Ou seja, enquadra-se no modelo francês, o qual, conforme explicado por Afrânio de Carvalho no item 3.2 do presente trabalho, o título é decisivo entre as partes, sendo a publicidade somente necessária a dar conhecimento a terceiros dos atos os praticados.

Desta maneira, a transferência do imóvel é realizada através da transmissão da escritura (“Delivery of the Deed”). Vale dizer, não há a necessidade de se levar para registro a escritura para que a mesma produza efeitos jurídicos entre os contratantes.

Contudo, advertem Frank Cross e Ross Miller que a venda de uma propriedade é uma transação complicada, a qual envolve diversos fatores. Neste diapasão, explicam:

“The contract usually fixes a date for performance, or closing, that frequently is four to twelve weeks after the contract is signed. On this day, the seller conveys the property to the buyer by delivering the deed to the buyer in exchange for payment of the purchase price. Deposits toward the purchase price normally are held in a special account, called an escrow account, until all of the conditions of sale have been met. Once the closing takes place, the funds in the escrow account are transferred to the seller.”¹⁷⁵

173. Trad. livre: “Sob este sistema, o título é registrado através de um procedimento judicial. Todos que possuam interesse na propriedade são notificados do procedimento e lhes é dada a oportunidade de afirmarem suas pretensões. Após a audiência, a Corte expede um certificado de propriedade, o qual é similar ao de um automóvel, para a pessoa havida como proprietária. Todos os gravames estão presentes no título e quando a propriedade é vendida, o título é transferido ao comprador juntamente com a escritura” (CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. *The legal environment of business: text and cases – Ethical, regulatory, global, and corporate issues*. 8. ed. Mason: South – Western College, 2011. p. 581).

174. JOHNSTONE, Quintin. Title insurance. *The Yale Law Journal*, vol. 66, n. 4, p. 492-524.

175. Trad. livre: “O contrato normalmente fixa uma data para a conclusão, a qual frequentemente é entre quatro e doze semanas após a sua assinatura. Neste dia,

Assim sendo, podemos verificar que um contrato de compra e venda, teoricamente simples, pode levar até três meses a partir da data de sua assinatura ser concluído.

Após a conclusão do negócio jurídico entre comprador e vendedor, ressaltam Frank Cross e Roger Miller¹⁷⁶ que o comprador deve prontamente levar a escritura ao Registro de Documentos a fim de resguardar os direitos de propriedade contra terceiros. Vale dizer, o registro da escritura possui tão somente efeitos de oponibilidade *erga omnes*. Destarte, acrescenta Antonio Moro Serrano¹⁷⁷ que o registro não se relaciona com a eficácia do ato, servindo simplesmente para dar notícia do ato celebrado.

Com relação ao sistema registral imobiliário nos Estados Unidos, anota Robert Kratovil¹⁷⁸ que ele tem por finalidade primeiramente proteger o adquirente de boa-fé. Outrossim, ressalta o autor que o registro possui por um lado o efeito da *inoponibilidade* perante o comprador ou hipotecante, na hipótese de escrituras ou hipotecas não registradas; e por outro lado o efeito da *oponibilidade*, quando a escritura ou a hipoteca encontra-se registrada, razão pela qual qualquer pessoa interessada no imóvel é considerada conhecedora da existência de tal escritura/hipoteca. Todavia, lembra Antonio Moro Serrano,¹⁷⁹ que embora o documento não registrado seja inoponível com relação a terceiros, ele é eficaz perante as partes contratantes e seus respectivos sucessores.

Ainda, adverte Robert Kratovil¹⁸⁰ que há certos ônus, tais como impostos de transmissão, impostos de sucessão, dentre outros, os quais embora não estejam registrados, são vinculantes. Vale dizer, não se opera o efeito da *inoponibilidade* com relação a determinados ônus, mesmo que não estejam registrados.

o vendedor transfere a propriedade ao comprador entregando-lhe a escritura ao comprador em troca do pagamento. Os depósitos relacionados ao pagamento do preço normalmente são mantidos em uma conta especial, denominada 'conta custódia', até que todas as condições da venda sejam satisfeitas. Assim que isto ocorre, o montante depositado na 'conta custódia' é transferido para o vendedor" (CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit., p. 579).

176. CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit.

177. MORO SERRANO, Antonio. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1986.

178. KRATOVIL, Robert. Op. cit.

179. MORO SERRANO, Antonio. Op. cit.

180. KRATOVIL, Robert. Op. cit.

Ainda, cumpre lembrar que não impera no sistema norte-americano o princípio da territorialidade, ou seja, é possível que a escritura seja registrada em local diverso de onde se encontra a propriedade pois, conforme esclarecem Frank Cross e Roger Miller¹⁸¹ “deeds generally are recorded in the county in which the property is located”.

Igualmente, outra importante característica do sistema de Registro de Documentos, é a de que não há a qualificação do título apresentado para registro. Neste sentido explana Robert Kratovil¹⁸² que “the recorder copies the document in his record books, indexes it, and returns the original to the person who left it for recording. He does not pass on the validity of the document”. Vale dizer, o registro configura-se por se um mero repositório de títulos.

Com isso, aduz Antonio Moro Serrano¹⁸³ que o único efeito do registro é o de que ele outorga preferência ao documento registrado em relação ao documento não registrado. Ou seja, o adquirente faz uso do registro para saber se o vendedor transmitiu anteriormente ou não o imóvel a outrem, e não para certificar-se que o vendedor é realmente o proprietário. Assim, esclarece Celia Martinez Escribano¹⁸⁴ que não há a necessidade de continuidade do registro, pois não se exige que o transmitente tenha previamente registrado seu documento de aquisição para que a nova transmissão seja registrada.

O registro no sistema estadunidense, por se tratar de um mero registro de documentos, não se presta sequer a outorgar presunção relativa de veracidade dos arquivos, mas sim para estabelecer que as transmissões não inscritas são ineficazes frente às transmissões inscritas. Vale dizer, a eficácia da publicidade reside na *inoponibilidade* dos contratos não inscritos. Neste sentido assevera Antonio Moro Serrano:

“No publica titularidades ni garantiza la existencia de las que puedan resultar de los contratos inscritos. El Registro se limita a asegurar al adquirente que no hay más contratos otorgados per el causante que los que constan

181. Trad. livre: “As escrituras geralmente são registradas no município onde está localizada a propriedade” (CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit., p. 581).

182. Trad. livre: “O registrador copia o documento em seus livros, e devolve o original à pessoa que o deixou para registro” (KRATOVIL, Robert. Op. cit., p. 71).

183. MORO SERRANO, Antonio. Op. cit.

184. MARTINEZ ESCRIBANO, Celia. La protección de los derechos reales en Estados Unidos: el seguro de títulos. Disponível em: [http://uva-es.academia.edu/celiarmartinezescribano/papers/178306/la_proteccion_de_los_derechos_reales_en_estados_unidos_el_seguro_de_titulos]. Acesso em: 05.10.2011.

en los libros. Los documentos ingresan en el Registro, con independencia de los ya contenidos en él; o sea, que si A vende a B, que inscribe, y luego, fraudulentamente, a C, no hay dificultad en registrar el documento de C, aunque no pueda surtir ningún efecto por hallarse inscrita la venta anterior. El Registro no garantiza positivamente mediante una afirmación expresa de los libros que el transmitente es dueño, sino, negativamente por la mera falta de un asiento de enajenación o de gravamen otorgados por el transmitente de que no há vendido a otro o hipotecado la finca. El Registro no está dirigido a hacer valer como exactos sus asientos, sino a hacer que no existan frente a las transcritas las enajenaciones que no aparecen en él.”¹⁸⁵

Assim sendo, é possível verificar que os terceiros adquirente de boa-fé estão protegidos pelo Registro de Documentos contra alienações não levadas a registro, mas não estão protegidos contra defeitos ou vícios dos documentos inscritos, uma vez que o registro não possui presunção de veracidade.

Ainda, prepondera o sistema do fólio pessoal, no qual a pesquisa se faz à base de titulares de direitos reais e não com relação ao imóvel. Ou seja, um comprador ao analisar os títulos existentes deverá tão somente realizar uma pesquisa em nome do proprietário a partir da data em que estiver registrada a sua aquisição, devendo observar tão somente as onerações posteriores àquela data. Neste sentido esclarece Robert Kratovil:

“Suppose, for example, that the United States Government records show that the United States sold a particular tract of land to John Jones on March 15, 1840. The title searcher will turn to the Grantor Index, which is arranged alphabetically, and, beginning with the date March 15, 1840, he will look under the letter ‘J’ for any deeds or mortgages made since March 15, 1840 by John Jones. (...) Therefore the law does not require him to look for any such deeds or mortgages prior to that date.”¹⁸⁶

Desta maneira, eventuais ônus existentes anteriores ao registro da escritura serão inoponíveis aos terceiros de boa-fé.

185. MORO SERRANO, Antonio. Op. cit., p. 60.

186. Trad. livre: “Suponha, por exemplo, que os registros do governo norte-americano mostre que os Estados Unidos vendeu determinado imóvel para John Jones em 15 de março de 1840. O pesquisador deve olhar o indicador pessoal, organizado alfabeticamente, e iniciar pela data de 15 de março de 1840, sobre a letra ‘J’ para qualquer escritura ou hipoteca outorgada por John Jones a partir de então. (...) Portanto, a lei não exige que ele procure por qualquer escritura ou hipoteca anterior àquela data” (KRATOVIL, Robert. Op. cit., p. 73).

Destarte, José Maria Martinez Santiago¹⁸⁷ assevera que a eficácia da publicidade registral nos Estados Unidos é limitada, caracterizando-a como uma publicidade-notícia. Prossegue o autor sustentando que efetivamente falta um verdadeiro sistema registral no país, pois não há o que se falar em publicidade registral imobiliária quando esta carece de efeitos.

Igualmente, tendo em vista que no sistema de Registro de Documentos os Registros Públicos configuram-se por serem meros repositórios dos títulos, não havendo qualquer presunção de validade dos títulos registrados, lembram Thomas Merrill e Henry Smith,¹⁸⁸ que compete ao comprador examinar os títulos registrados e decidir se o vendedor está oferecendo um “título bom” ou não. Com isso, esclarecem Frank Cross e Roger Miller¹⁸⁹ que o vendedor é obrigado a transferir um título comercializável (“Marketable Title”), ou seja, a propriedade deve estar livre do ônus ou defeitos. Vale dizer, um “Marketable Title”, configura-se por ser um título o qual está livre do perigo de litígio sobre a propriedade.

Assim, para descobrir se o vendedor possui um “Marketable Title”, deve o comprador se utilizar de outros métodos, que não uma simples consulta ao Registro de Documentos, para se certificar de que a aquisição é segura. Esta medida é a chamada “Evidence of Title”, ou “Title Search”. Assim sendo, esclarecem Frank Cross e Roger Miller:

“Because each document affecting ownership of property is recorded, recording provides a chronological public record of all transactions concerning the property. A systematic examination of this record for transactions creating interest or rights in a specific parcel of real property is called title search. A prospective buyer or lender generally performs a title search to determine whether the seller truly owns interest that he or she is attempting to convey and whether anyone else has an interest in the property. A title search should – but not always – reveal encumbrances on the property and the existence of an easement or lien.”¹⁹⁰

187. MARTINEZ SANTIAGO, José Maria. En torno de la publicidad registral inmobiliaria. *RDI* 49/143-233.

188. MERRIL, Thomas W.; SMITH, Henry E. *Property: the Oxford introductions to U.S. Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

189. CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit.

190. Trad. livre: “Uma vez que cada documento relacionado com a titularidade da propriedade é registrado, o Registro de Documento fornece um registro cronologicamente organizado de todas as transações concernentes à propriedade. Um

Com isso, assevera Quintin Johnstone¹⁹¹ que os métodos utilizados para que o comprador se certificar que o vendedor possui um “Marketable Title”, ou seja, para saber se o título é bom, basicamente se constituem pela contratação de um advogado especializado, o qual emitirá uma opinião (“Abstract and Opinion”), ou através da contratação do seguro de título (“Title Insurance”).

Resumidamente, caso o comprador opte por contratar um advogado especializado, este então irá proceder a uma pesquisa junto aos Registros Públicos para averiguar se o título é bom ou não (“Abstract”). Após isto, entregará um relatório no qual informará se a aquisição é segura ou não, bem como informará a respeito de eventuais defeitos ou ônus relacionados com a propriedade. Contudo, lembra Robert Kratovil¹⁹² que o simples fato de o comprador receber este relatório de um advogado especializado, isto não lhe garante qualquer proteção. Destarte, assinalam Frank Cross e Roger Miller¹⁹³ que o advogado poderá ser responsabilizado civilmente caso o comprador tenha algum prejuízo em razão de sua negligência.

Todavia, adverte Robert Kratovil¹⁹⁴ que existem alguns defeitos ocultos que mesmo uma pesquisa considerada perfeita não conseguirá descobri-los ao se examinar os Registros Públicos: a falsificação, a insanidade mental, o incorreto estado civil dos vendedores, uma escritura defeituosa entre outros.

Por outro lado, assinala Frank Cross e Roger Miller¹⁹⁵ que o método mais comum trata-se dos chamados seguros de títulos, os quais são realizados por companhias especializadas. Esta modalidade assegura ao comprador uma indenização em caso de eventual prejuízo relacionado ao título de propriedade. A respeito do seguro de títulos, assevera Quintin Johnstone que o “title insurance is a means of protecting against the risks inherent in the

exame sistemático destes registros para a criação de direitos sobre determinado bem de raiz é denominado ‘title search’. Um provável comprador ou credor geralmente realiza a ‘title search’ para saber se o vendedor realmente possui os direitos que ele ou ela está para transmitir e se alguém mais possui algum interesse na propriedade. Uma ‘title search’ deve – mas nem sempre – revela gravames sobre a propriedade e a existência de servidão ou ônus” (CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit., p. 581).

191. JOHNSTONE, Quintin. Op. cit.

192. KRATOVIL, Robert. Op. cit.

193. CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit.

194. KRATOVIL, Robert. Op. cit.

195. CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. Op. cit.

uncertainty of land titles by delineating some defects of title and by insuring against potential losses from other”.¹⁹⁶

Portanto, o seguro de títulos caracteriza-se basicamente por ser uma modalidade na qual, havendo algum defeito no título, constando este na apólice, o comprador prejudicado será indenizado pela companhia de seguro.

Portanto, podemos verificar que os efeitos da publicidade registral no sistema estadunidense se diferenciam substancialmente da publicidade no sistema brasileiro.

Conforme visto, a publicidade registral neste sistema possui como característica principal a inoponibilidade dos títulos não registrados, protegendo os adquirentes de boa-fé, bem como o único efeito de uma escritura levada a registro é que esta gera a ficção de conhecimento com relação a terceiros, embora não possua a presunção de validade. Ainda, a transferência da propriedade se dá a partir da entrega da escritura, sendo o registro desprovido de efeitos jurídicos, uma vez que sequer possui a presunção de validade do ato.

Deste modo, em virtude destas características, a publicidade não é suficiente para outorgar segurança jurídica aos proprietários ou adquirentes de um bem imóvel, sendo necessária a utilização de métodos paralelos, como a contratação de um advogado para realizar uma pesquisa a respeito do histórico da propriedade ou a utilização dos seguros de títulos.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou realizar um estudo acerca da publicidade registral imobiliária dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisá-la em diferentes sistemas registraes, com ênfase no português, espanhol e estadunidense.

Desta forma, foi realizada no segundo item uma abordagem do sistema registral imobiliário brasileiro. Com isso, procurou-se examinar as principais características deste sistema, tais como quais são os efeitos produzidos pelo registro, qual a sua definição de Registro de Imóveis, quais as suas atribuições, bem como quais são os princípios norteadores da atividade.

Feita essa análise, passou-se a examinar especificamente a publicidade registral imobiliária. Procurou-se diferenciar esta das demais formas de

196. Trad. livre: “O seguro de títulos é uma maneira de proteção contra os riscos inerentes da incerteza relacionada aos títulos de propriedade, delimitando alguns defeitos do título e assegurando uma indenização contra potenciais prejuízos de outros” (JOHNSTONE, Quintin. Op. cit., p. 492).

publicidade existentes, quais as suas principais características, quais os efeitos que ela produz no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de que maneira a publicidade se concretiza no sistema registral.

A partir disto, foi realizado no quarto item do trabalho um estudo comparado da publicidade registral. Deste modo, foi realizada uma abordagem dos sistemas registrais imobiliários de Portugal, Espanha e Estados Unidos da América para então analisar quais as principais características e importância que a publicidade registral imobiliária possui em cada um destes diferentes ordenamentos jurídicos.

Assim sendo, podemos verificar que o sistema registral imobiliário brasileiro teve sua origem com o Registro Geral das Hipotecas, tendo por objetivo a proteção do crédito e não de resguardar a propriedade. Entretanto, com as posteriores modificações legislativas, com a adoção dos princípios registrais, tais como o da especialidade, qualificação, continuidade etc., a publicidade registral foi adquirindo maior importância, sendo atualmente um relevante instrumento tanto para a proteção do crédito e do comércio imobiliário quanto para a proteção dos proprietários de um bem imóvel.

Ademais, a publicidade registral imobiliária é igualmente uma importante ferramenta para outros ramos do direito, como por exemplo, o direito processual civil. Destarte, ao se instituir a figura da averbação premonitória no art. 615-A do CPC buscou-se através da publicidade registral resolver o problema da fraude à execução, outorgando assim, maior efetividade ao processo.

Além disso, podemos afirmar que a importância da publicidade registral imobiliária no ordenamento jurídico brasileiro não está na eficácia que possui o registro – se constitutivo, declarativo, modificativo ou extintivo – mas sim no efeito da *oponibilidade* deste, bem como no da *inoponibilidade* das situações jurídicas não levadas ao Registro de Imóveis. Assim sendo, aquele que leva a registro um título, restará protegido pela publicidade registral, ao passo que aquele que opta por permanecer à margem do sistema registral (com os chamados “contratos de gaveta”), poderá ver seu direito prejudicado em razão de sua desídia.

Ainda, para uma maior valorização da publicidade registral imobiliária a fim de que esta possa servir maior efetividade para a prevenção de litígios, bem como para outorgar maior segurança aos proprietários de imóveis e ao comércio jurídico imobiliário impõe-se adoção do princípio da concentração.

Destarte, ao se concentrar na matrícula todos os fatos jurídicos relevantes ao imóvel, através de uma certidão integral poderá se conhecer a real situação jurídica do imóvel, afastando-se assim os “ônus ocultos”. Deste modo se mostra

evidente que quanto mais completa e atualizada for a informação publicizada, maior será o grau de confiabilidade e proteção jurídica do Registro de Imóveis.

Igualmente, outra alternativa a ser considerada relaciona-se com a obrigatoriedade do registro, impondo-se um prazo para a sua promoção, sob pena de pagamento em dobro dos emolumentos devidos tal como ocorre no sistema registral imobiliário português.

Ademais, a implantação do instituto da “reserva de prioridade”, semelhante à “anotação preventiva” do direito espanhol, não só no âmbito estadual, mas também no âmbito federal, certamente auxiliaria na proteção dos adquirentes que estão instrumentalizando um negócio jurídico relativo ao imóvel, protegendo-os de eventual alienação ou oneração do imóvel neste ínterim.

Outrossim, a adoção do princípio da fé pública registral valorizaria sobremaneira a publicidade registral imobiliária dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que aquele que confiando no conteúdo do álbum imobiliário e, portanto na publicidade registral, teria a certeza de que estaria plenamente protegido, fomentando-se assim, o mercado imobiliário bem como a concessão de crédito.

Por fim, podemos referir que ao se analisar outros sistemas registrares imobiliários, é possível afirmar que a publicidade registral no ordenamento jurídico brasileiro outorga um satisfatório grau de segurança aos proprietários, credores e adquirentes de imóveis. Assim, por exemplo, ao se adquirir um imóvel não é necessário a contratação de um seguro ou de um advogado especializado na área imobiliária, tal como ocorre nos Estados Unidos da América, para se obter a garantia almejada.

Todavia, é preciso fortalecer ainda mais o registro imobiliário, passando inevitavelmente por uma maior valorização da publicidade registral, a fim de que o Registro de Imóveis possa ser cada vez mais um importante instrumento de publicidade, autenticidade, eficácia e, principalmente, segurança dos atos jurídicos relativos a imóveis.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.
- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 1986.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1954. t. IV.

- ANGEL YAGUEZ, Ricardo de. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1982. vol. 4.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. t. I.
- BORGES, Antônio Moura. *Registro de imóveis no direito brasileiro*. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2009.
- BRANDELLI, Leonardo. Publicidade registral imobiliária: uma breve análise da eficácia dos direitos reais e obrigacionais. In: _____ (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método. 2007.
- BRASIL. Dec. n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Regulamento para execução da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, a que se refere o decreto desta data. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf]. Acesso em: 01.06.2011.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 11.01.2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm]. Acesso em: 10.09.2011.
- _____. Lei n. 3.017, de 1.º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil de 1916. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 01.01.1916. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm]. Acesso em: 21.08.2011.
- _____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 17.01.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm]. Acesso em: 28.09.2011.
- _____. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 31.12.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm]. Acesso em: 10.08.2011.
- _____. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispõe sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 21.11.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm]. Acesso em: 02.09.2011.
- _____. Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864. Reforma a legislação hypothecaria e estabelece as bases das sociedades de crédito real. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 27.09.1864. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/monta_legislacao_C.php?id_legislacao_B=50]. Acesso em: 22.08.2011.

- _____. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consolidação Normativa Notarial e Registral. Prov. 32/2006. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Fevereiro_2011_Prov_04.pdf]. Acesso em: 28.08.2011.
- CARNEIRO, Andrea Flávia Tenório. *Cadastro imobiliário e registro de imóveis*. Porto Alegre: Safe, 2003.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CHICO Y ORTIZ, José María. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 4. ed. atual. Madrid: Marcial Pons, 2000. t. I.
- CHICUTA, Kioitsi. A averbação do ajuizamento da execução no registro de imóveis. Reflexos da alteração do CPC pela Lei 11.382/06 *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 60-67. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.
- COSTA PORTO, José da. *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965.
- CROSS, Frank B.; MILLER, Roger Leroy. *The legal environment of business: text and cases – Ethical, regulatory, global, and corporate issues*. 8. ed. Mason: South – Western College, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Sistema de registros de imóveis*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIP, Ricardo Henry Marques. Certidões integrais do registro imobiliário: da prevalência do meio reprográfico. In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. Do controle da disponibilidade na segregação imobiliária. In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. O registro de imóveis: ser e dever ser institucional In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. São taxativos os atos registráveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 34. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.
- _____. Sobre a qualificação no registro de imóveis. In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- ERPEN, Décio Antônio. Processo e registro. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 38-45. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.
- _____; PAIVA, João Pedro Lamana. Autonomia registral e o princípio da concentração. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 49. p. 46. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2000.
- _____; _____. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil In: JACOMINO, Sérgio (org.). *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário. XXIV Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Porto Alegre: Safe, 1998.

- _____; _____. Princípios do registro imobiliário formal. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.
- ESPAÑA. Ley hipotecaria española. Disponível em: [www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/26/60.pdf?version=9]. Acesso em: 28.08.2011.
- GANDOLFO, Maria Helena Leonel. O direito registral imobiliário brasileiro. Princípios gerais. In: JACOMINO, Sérgio. *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário. XXVII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- _____. Matrícula: uma abordagem prática. *Boletim do Irib em Revista*. n. 301. p. 6-15. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, jun. 2002.
- GARCIA, Lysippo. *O registro de imóveis: a transcrição*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1922.
- JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores: a *probatio diabólica* e o santo remédio. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 8-20. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.
- _____. *A qualificação registral: história e importância do direito registral imobiliário brasileiro*. Tese de doutorado em Direito. São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 2003.
- JARDIM, Mônica. A segurança jurídica gerada pela publicidade registral em Portugal e os credores que obtêm o registro de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial. *Boletim do Irib em Revista*. n. 323. p. 109-127. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, out.-nov. 2005.
- JOHNSTONE, Quintin. Title insurance. *The Yale Law Journal*. vol. 66. n. 4. p. 492-524. New Haven: The Yale Law Journal Company, feb. 1957.
- KRATOVIL, Robert. *Real estate law*. 6. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1974.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Lecciones de derecho inmobiliario registral*. 2. ed. Zaragoza: Artes Gráficas, 1957.
- LOUREIRO, Waldemar. *Registro da propriedade imóvel*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1952.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MARTINEZ ESCRIBANO, Celia. La protección de los derechos reales en Estados Unidos: el seguro de títulos. Disponível em: [http://uva-es.academia.edu/celiamartinezescribano/papers/178306/la_proteccion_de_los_derechos_reales_en_estados_unidos_el_seguro_de_titulos]. Acesso em: 05.10.2011.
- MARTINEZ SANTIAGO, José Maria. En torno de la publicidad registral inmobiliaria. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 49. p. 143-233. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2000.
- MELLO, Henrique Ferraz de. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 53. p. 35-59. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.

- MELO FILHO, Álvaro . Direito registral imobiliário: enfoque jus-pedagógico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 59. p. 29-45. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.
- _____. Princípios do direito registral imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 17-18. p. 25-50. São Paulo: Ed. RT, jan.-dez. 1986.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o registro de imóveis. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TIMM, Luciano Bennetti; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. p. 62-86. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010.
- _____. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 53-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.
- MENDES, Isabel Pereira. *Estudos sobre registo predial*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MERRIL, Thomas W.; SMITH, Henry E. *Property: the Oxford introductions to U.S. Law*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- MORO SERRANO, Antonio. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1986.
- MOUTEIRA GUERREIRO, José Augusto Guimarães. Publicidade e princípios do registo. In: _____. *Temas de registo e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. O registo imobiliário e o direito à protecção dos dados pessoais. In: _____. *Temas de registo e de notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAIVA, João Pedro Lamana. Fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória: inovações trazidas pelas Leis 11.382/06 e 11.419/06. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 68-72. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.
- _____. *Procedimento de dúvida no Registro de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Reserva de prioridade. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=86&id_noticias_area=1]. Acesso em: 04.08.2011.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. p. 9-61. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010.
- _____. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 64. p. 163-198. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

- _____. *Teoria geral da certidão imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- PIRES NETO, Ari Álvarez. Registro, cancelamento e bloqueio de matrícula. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TIMM, Luciano Bennett; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. XI.
- PORTUGAL. Decreto-lei n. 224, de 11 de dezembro de 1984. Código de Registo Predial. Disponível em: [http://legixpt.legix.pt/docs/CRP-14_Set_2009.pdf]. Acesso em: 02.09.2011.
- REYNALDO FILHO, Antonio. A publicidade registrária como meio de concreção da boa-fé objetiva. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007.
- RICHTER, Luiz Egon. A problemática conceitual do registro de imóveis – Rudimentos e uma teoria crítica da atividade registral. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Princípio da legalidade e registro de imóveis. *Boletim do Irib em Revista*. n. 318. p. 18-29. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, set.-out. 2004.
- SANTOS, Francisco Rezende dos. Princípio da prioridade. *Boletim do Irib em Revista*. n. 318. p. 38-51. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, set.-out. 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasília Jurídica, 1997. t. I e II.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Publicidade das demandas judiciais: o registro imobiliário é o sinal próprio e adequado. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 54-59. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.
- SILVA, Ulysses da. *Direito imobiliário: o registro de imóveis e suas atribuições*. Porto Alegre: Safe, 2008.
- _____. O registrador imobiliário em face da Lei 11.382, de 2006. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 3-7. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Ainda as certidões de feitos ajuizados. *Boletim do Irib em Revista*. n. 331. p. 26-31. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, abr.-jun. 2007.

_____. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 59. p. 75-85. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio, de Wilson Gómez Ramírez – *RDI* 71/379;
- O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, de Bianca Sant'Anna Della Giustina – *RDI* 69/206;
- O sistema registral francês, de Mónica Jardim – *RDI* 71/323; e
- Princípios de regulação e organização do sistema registral: Poder Público, organização, autofinanciamento, responsabilidade, de José Simeón Rodríguez Sánchez – *RDI* 57/228.

SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: SUAS RELAÇÕES COM A FÉ PÚBLICA NOTARIAL E REGISTRAL

6

NATASHA DA MOTTA RIBEIRO CARRARO BERNAL

Pós-graduada em Direito Notarial e Registral no Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. Pós-graduada em Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba-PR.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Estudo da segurança jurídica e desenvolvimento econômico, tendo como base as suas relações com a fé pública notarial e registral. Análise do modelo de Estado contemporâneo e localização das funções notarial e registral para suprir necessidades coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito registral – Direito notarial – Desenvolvimento econômico – Segurança jurídica.

RESUMEN: Estudio de la seguridad jurídica y del desarrollo económico, basado en sus relaciones con los servicios notariales y registrales. Análisis del modelo de Estado moderno y la ubicación de los servicios notariales y registrales para satisfacer las necesidades colectivas.

PALABRAS CLAVE: Derecho registral – Derecho notarial – Desarrollo económico – Seguridad jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Estado contemporâneo – 3. Da atividade notarial e registral: 3.1 Da delegação dos serviços notariais e registrais; 3.2 Da essência das atividades notariais e registrais – 4. Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: 4.1 A segurança jurídica e o conseqüente desenvolvimento econômico gerados pela fé pública atribuída às atividades notariais e registrais; 4.2 Em defesa das atividades notariais e registrais como salvaguarda da segurança jurídica e do desenvolvimento econômico – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, redigido para o I Concurso de Monografia da Anoreg/SP,¹ tem por objetivo o estudo da segurança jurídica e desenvolvimento econômico, tendo como base as suas relações com a fé pública notarial e registral.

Para tanto, faz-se necessário demonstrar, primeiramente, qual é o modelo de Estado contemporâneo para que seja possível entender em que quadro social, político, econômico e institucional do país tal atividade, bem como sua respectiva delegação, se inserem.

O modelo de Estado contemporâneo vigente no Brasil é o Estado Democrático de Direito, que tem como fim atender o interesse público, buscando sempre o interesse da coletividade, atingido pelo sucesso de uma sociedade livre, justa e solidária.

A abordagem segue discorrendo sobre como o Estado, no intuito de suprir as necessidades da coletividade, acarretou para si a prestação de inúmeras atividades e, a sua conseqüente busca ao particular como meio de dinamizar as funções estatais, entre elas, a atividade notarial e registral como serviços públicos realizados no exercício do desempenho administrativo do Estado.

Assim, adentra-se no foco desta monografia, sendo, com efeito, tratado o atual modelo do serviço notarial e registral no Brasil, demonstrando o duplo caráter das suas funções: de um lado como profissionais liberais, que prestam assessorias e possuem autonomia para “gerenciar” as suas próprias atividades e, de outro, como oficiais públicos, em que, revestidos de autoridade do Estado, se destinam a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, como garantidores da prevenção de litígios e geradores de segurança jurídica e do desenvolvimento econômico.

2. O ESTADO CONTEMPORÂNEO

É de fundamental relevância o entendimento do Estado que está configurado na Constituição brasileira para que seja possível compreender em qual modelo estatal está configurada a prestação dos serviços notariais e registrares, bem como para demonstrar que essas funções se ligam a um quadro social, político, econômico e institucional do país.

1. Monografia classificada em 2.º lugar no I Concurso Anoreg/SP de Monografia em Direito Notarial e Registral, ocorrido no ano 2011, patrocinado pela Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – Anoreg/SP.

A configuração do Estado contemporâneo assegura já no art. 1.º da Constituição Federal de 1988 o Estado brasileiro como *Estado Democrático de Direito*, apresentando, no seu extenso texto, ditames de garantia aos direitos de liberdade, promessas de direitos sociais, descentralização e normas programáticas.

Essa ideia de democracia tem suas raízes no século XVIII, em que os valores a serem respeitados deveriam ser fundados na pessoa humana, como ser livre e dotada dos direitos de igualdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Partindo desta premissa, qualquer limitação só pode ser imposta ao indivíduo se esta for a sua vontade, e a vontade da sociedade é expressa na forma de lei, a qual deve permitir que todos os cidadãos, pessoalmente ou por seus representantes, participem da sua formação.

Nesse sentido, a supremacia da vontade popular deve exprimir que o poder emana do povo e para o povo, por meio de seus representantes, devendo, assim, ser garantida à sociedade uma democracia pluralista, sem que haja qualquer tipo de discriminação e seja resguardado o respeito à pluralidade de ideias, culturas e etnias, além da garantia de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício como processo de uma convivência social numa sociedade livre, justa e solidária.

O Estado, no início do século XX, começa a direcionar suas atividades à valorização dos indivíduos, resguardando não somente os clássicos direitos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, direito de locomoção, de manifestação do pensamento e os políticos, como também os direitos sociais, aos quais se incluem o direito ao trabalho, à moradia, à instrução, à saúde, à previdência, ao meio ambiente, ao lazer, além do direito de não ser lesado como consumidor.²

No entanto, a atenção a esses direitos sociais acarretou, na sociedade contemporânea, uma grande dependência do indivíduo em face do Estado. A população precisa do Estado para a satisfação de água, energia elétrica, programa de habitação, emprego etc. Enfim, para todas as necessidades que o Estado se encarregou de suprir. Assim, incapaz de satisfazer tantas demandas a que se propôs, frente ao variado número de obrigações que assumiu, resultou no “agigantamento do Estado, no endividamento público interno e externo e na permanência de um déficit na infraestrutura”,³ fazendo com que o Estado optasse por reduzir sua atuação, aumentando a participação da iniciativa privada,

2. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 25.

3. BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira F. Concessões de serviço público e sua fiscalização. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 28. p. 179. São Paulo: Malheiros, 1999.

de modo a elevar a qualidade de bens e serviços a um menor custo e com liberdade naqueles setores em que melhor atende às necessidades.

Essa reversão das atividades estatais para a iniciativa privada se deu com o regime da delegação dos serviços públicos pelo Estado, além da participação estatal junto às empresas de economia mista e privatizações.

Isso tudo não significa de forma alguma a retirada do Estado das relações sociais e econômicas, nem mesmo nos casos de privatização. O que ocorre é a manutenção de regras públicas combinadas com um sistema de prestação e autorregulação privada em sintonia com a intervenção pública regulativa para gerar eficiência e bons resultados.

Assim sendo, o Estado contemporâneo, numa função eminentemente social, deve zelar pelo bem estar social, fornecendo à cidadania instrumentos que possibilitem concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana, apresentando qualidade e eficiência na promoção de bens e serviços públicos ou privados.

3. DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

3.1 *Da delegação dos serviços notariais e registrais*

Os serviços notariais e registrais, por serem de natureza essencial à cidadania, existem em todo o mundo. Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade de meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo os encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação e desempenho da função.

É no contexto social e econômico do modelo de Estado contemporâneo apresentado que se encontra o atual arquétipo de serviço notarial e de registro, de provimento por delegação em concurso público de provas e títulos, disposto no art. 236 da CF/1988 que assim prevê: “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público”. Desta forma, desde a entrada em vigor da Carta Magna no Brasil, os serviços notariais e registrais, como espécies de atividades inerentes à Administração Pública, são exercidas em caráter privado por meio de delegação.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “a delegação é utilizada para o trespasse da execução de serviços a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público”,⁴ ou seja, a figura da delegação assegura que a titularidade não

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 340.

é outorgada ao particular e sim apenas a sua execução, o exercício do direito à exploração de serviço público, visto que ele atuará como substituto do Estado, e, por isso, sob regime de direito público.

A fim de não generalizar a designação “serviços públicos” a todos os serviços judiciais ou administrativos do Estado e de entidades públicas, por oposição aos serviços ou atividades privadas, bem como para retirar a sua ambiguidade, existente tanto na doutrina quanto na prática, verifica-se a caracterização de tal termo para o uso deste presente trabalho proposta por Marcello Caetano, qual seja, “o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quanto deles careçam, os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”.⁵

Com isso, tendo-se em mente que os serviços públicos são atividades que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce para satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico geral ou parcialmente público. Percebe-se que a delegação do seu exercício a um terceiro, visa aumentar a eficiência tanto na utilização de recursos econômicos, quanto nos próprios serviços públicos, por meio de uma maior qualidade por um menor custo.

Essa remuneração pela exploração do serviço público ocorre, normalmente, pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários. Por este motivo, a relação incide entre administrado e delegado, o qual deverá responder ante os usuários por sua prestação, qualidade, danos etc. Daí afirmar que o delegado age em nome próprio, por sua conta e risco, porém sempre segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante.

Nesse sentido, de acordo com os dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) a atividade notarial e de registro, embora não considerada um serviço público de ordem material (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público), o é de ordem puramente jurídica.”⁶

Os notários e registradores praticam atos tipicamente de direito material, de cidadania e não administrativos; ao passo que os atos de ingresso ou de disciplina, estes sim, são administrativos, uma vez que vinculam o notário e

5. CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 216.

6. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 17.

o registrador ao Poder Público delegante. Contudo, só na função e disciplina, não na essência da atividade.

Esses novos contornos e este sentido de delegação atribuído de forma diversa da prevista na Constituição anterior vieram para corroborar com as novas tendências do Estado Democrático de Direito, bem como da Administração Pública, que trouxe como um dos seus princípios basilares a eficiência administrativa, já traçada no tópico sobre o Estado contemporâneo. É importante frisar que esta eficiência, acabou por trazer aos serviços “não só aspectos quantitativos, mas também a qualidade dos serviços, inclusive no que diz respeito à adequação técnica”,⁷ uma vez que tais serviços devem ser prestados com perfeição, rendimento funcional e presteza.

Deste modo, pode-se afirmar que o Estado, no exercício da sua função administrativa, intervém em atos da vida particular para lhes conferir segurança jurídica, ora diretamente, ora credenciando ou delegando a particulares essa função a ser exercida em nome do próprio Estado, como é o caso das atividades notariais e registrais, como objetivo primordial de garantir e dar publicidade nesse negócio que interessa a terceiros.

Nesse sentido, os notários e registradores, como agentes delegados, assumem direta e pessoalmente todos os ônus decorrentes do exercício da função pública a eles delegada, como por exemplo, a locação do imóvel onde será prestado o serviço, sua montagem com móveis e equipamentos, guarda e conservação dos livros e documentos respectivos, contratação de pessoal, responsabilidade por todos os atos praticados, incumbindo ao Judiciário estatal apenas a fiscalização do serviço. E, assim sendo, tais serviços só podem ser remunerados por meio de taxa. Assim, as custas e os emolumentos são taxas, pela prestação dos serviços públicos ligados à certificação dos atos e negócios ora conectados ao aparato administrativo e cartorial que serve de suporte à prestação jurisdicional. Dessa forma, os notários e os registradores são trabalhadores autônomos, não remunerados pelos cofres públicos, muito embora tais taxas possam ter o crivo de receita pública.

Em suma, os serviços notariais e registrais, por definição constitucional, são serviços que, embora exercidos de forma privada, têm natureza jurídica de serviço público, pois se destinam a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1.º da Lei 8.935/1994 – Lei dos Notários

7. ANGIEUSKI, Plínio Neves. Serviços notarias e registrais na Constituição Federal e as propostas de emendas constitucionais: contramão da evolução da administração pública. *Boletim Jurídico*. ano 3. n. 121. Uberaba, 04.04.2005.

e Registradores), tendo lhes sido conferido, para tanto, fé pública (art. 3.º da Lei 8.935/1994).

3.2 *Da essência das atividades notariais e registrais*

De acordo com o exposto anteriormente, percebe-se que é sob o respaldo Estatal de atuar em seu nome, que os notários e registradores aparecem como um oficial público que caminha junto a um profissional de direito, visando “receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a este fim e conferindo-lhes autenticidade”,⁸ com fé pública delegada pela autoridade pública e função jurídica privada para preparar documentos à sua livre interpretação desde que de acordo com a lei, além do dever de reger os negócios jurídicos privados, conformando com os direitos das pessoas.

Cândido Mendes de Almeida, em nota de rodapé, esclarece que entre nós o Tabelião “era, e ainda é, o empregado público encarregado de lavrar os contratos entre particulares, e diferentes atos judiciais, a que por utilidade pública a lei presta fé e considera sua interferência como prova de tais atos”.⁹ O caráter privado desta atividade também pode ser encontrado na assessoria que o notário presta às partes antes de dar a perfeita forma ao ato.

Pois tais profissionais delegados, responsáveis pela obtenção da segurança e certeza jurídicas, não são restritos apenas a dar autenticidade aos fatos, mas também dar perfeição jurídica ao resultado que as partes almejam, ouvindo, auxiliando e dando formação à vontade das partes. Essa função independente, digna de um profissional liberal de se relacionar com os interesses privados não deve ser interferida pelo Estado, pois restringe a autonomia da vontade das partes, ainda mais quando se tem por base um Estado Democrático de Direito. A violação da lei, dos costumes e da ordem pública deve ser assegurada, sem dúvida, mas por essa tarefa o próprio notário já é responsável em sua essência, e, sendo assim, tem-se claramente que esta essência é autônoma, responsável e não subordinada ao Estado.

Foi exatamente por isso que o Estado delegou a prestação deste serviço público, outorgando aos seus executores a fé pública, para agindo em nome

8. JARDIM, Mônica. A privatização do notariado em Portugal. *Boletim do Irib em revista*. n. 318. São Paulo: Irib, set.-out. 2004.

9. ALMEIDA, Cândido Mendes. *Código Philippino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870. p. 179.

dele, defender os interesses da sociedade e com isso atingir as premissas bases do Estado Democrático de Direito de conquistar uma sociedade livre, justa e solidária, como anteriormente exposto. Pois, como seria possível o desenvolvimento econômico e o sucesso desses ditames sem segurança jurídica?

A democracia tão almejada por todos evoca que o poder emane do povo para o povo, por meio de seus representantes, que em busca de igualdade, propriedade e segurança, editam leis. Porém, de que adianta a edição de leis se não for para melhor conformá-las aos atos da vida comum?

4. SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

4.1 *A segurança jurídica e o consequente desenvolvimento econômico gerados pela fé pública atribuída às atividades notariais e registrais*

A soma da função do tabelião de identificar e qualificar as partes, interpretar as suas vontades e adaptá-las à realidade jurídica, controlando a legalidade e garantindo as suas livres manifestações à do registrador de (re)fiscalizar e dar publicidade aos fatos, completam-se com o objetivo de dar garantias quase absolutas de segurança jurídica, atribuindo aos atos fé pública. Em outras palavras, o notariado visa lavrar atos jurídicos perfeitos e o registro a dar publicidade a atos jurídicos perfeitos. Assim, agindo em nome do Estado e garantindo a legalidade dos atos entre as partes, alcance-se em seu fim máximo de prevenir conflitos, atingir a segurança jurídica das transações imobiliárias, a paz social e o desenvolvimento econômico.

Como já explicitado anteriormente, estes atos restringem-se à autonomia da vontade das partes e a sua relação é digna de um profissional liberal. À salvaguarda e respeito ao ordenamento jurídico, o próprio notário deverá assegurar ao definir a forma que melhor atende aos objetivos das partes, prevenindo, com isso, futuros litígios, passando, ainda, pelo crivo do registrador que verificará a observância e fiel cumprimento da lei.

Por outra via, quanto às suas funções públicas, o tabelião e o registrador estão revestidos de autoridade do Estado. Suas funções abrangem todas as atividades jurídicas não contenciosas, evitando possíveis litígios e gerando segurança jurídica. Pois o que lhes é delegado é exatamente o exercício de serviços destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos consolidados pela fé pública dos notários e registradores.

Assim, a fim de melhorar os serviços notariais e registrais e promover o desenvolvimento social e econômico, consagrou-se aos referidos agentes delegados, os quais recebem competência do Estado necessária para conservar a organização e assegurar o regular funcionamento do serviço, uma dupla fun-

ção: oficial público, dotado da fé pública delegada pelo Estado, e profissional liberal, cujas atividades podem ser exercidas de maneira independente, tal como a livre escolha dos seus funcionários auxiliares.

Promovedores da segurança e da certeza das relações jurídicas, os notários e registradores devem redigir o instrumento público conforme a vontade das partes, as quais devem indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-se do seu valor e alcance, auxiliando e prestando assistência. Por fim, para que o ato se torne perfeito e digno da força probatória material e formal que os documentos notariais devem ter, tais atos carecem de se aliar à autenticidade que os notários imprimem por via da fé pública de que gozam e lhes é conferida pelo Estado.¹⁰

O notário aplica o direito de modo a facilitar a compreensão das partes e, principalmente, conforma as suas vontades à lei, suprimindo os seus desejos de justiça e exteriorizando o consenso atingido. Pois só haverá um documento público dotado de fé pública e, por isso, autêntico e com força probatória plena, se houver consenso entre as partes, já que o notário tem também esta função de verificar a idoneidade dos contratantes, a vontade livre e igualitária. Ora, num contrato em que foi buscada a vontade das partes, tendo sido analisados pelo notário e fiscalizados pelo registrador se todos os requisitos de validade e forma estão em conformidade com a lei e, sendo estes agentes delegados do Poder Público, não pode oferecer mais segurança jurídica, tendo em vista sua base na obtenção de um negócio jurídico perfeito.

No mundo capitalista e liberal em que vivemos, cada vez mais a economia direciona os comportamentos, as diretrizes, as soluções jurídicas. De modo que, quando há paz social e segurança nos negócios há propensão de investimentos. A segurança jurídica gerada pelos notários e registradores é, portanto, diretriz de desenvolvimento econômico e não o contrário. Pois, a fé pública conferida aos notários e registradores os possibilitam a produzir documentos autênticos, com força probatória plena.

4.2 Em defesa das atividades notariais e registrais como salvaguarda da segurança jurídica e do desenvolvimento econômico

Primeiramente, faz mister apontar que as críticas que usualmente são feitas tomam por base o sistema de delegação previsto na Constituição de 1967 e não

10. LOPES, J. de Seabra. *Direitos dos registos e do notariado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 363.

na atual, em que vigorava o sistema patrimonial e delegações por “apadrinhamentos”.

Isto ocorre pelo fato de o modelo de delegação previsto no art. 236 da CF/1988, regulamentado pela Lei 8.935, de 18.11.1994, de concurso público por provas e títulos ainda não estar totalmente operante. Embora tenha se passado 13 anos da entrada em vigor do referido sistema, nem todos os Estados realizaram concurso para o provimento das vagas ocorridas nas serventias. Isto porque a substituição entre os dois modelos está sendo feita de forma gradativa, em vista do direito adquirido dos atuais titulares.

Contudo, nos dias de hoje, poucos Estados estão pendentes do aludido concurso. Após esta substituição, profissionais qualificados e devidamente selecionados estarão no posto das serventias, demonstrando a melhora na qualidade e presteza dos serviços.

Mesmo assim, tendo em vista o constante desejo de alterações do modelo vigente das atividades notariais e de registro, este estudo apresenta também algumas contrarrazões em defesa da preservação da segurança jurídica e do desenvolvimento econômico atingidos pela via da fé pública dos agentes delegados.

Inicialmente, e dando especial relevância neste momento para as atividades notariais em defesa do desejo de eliminação de formalidades, de simplificação de procedimentos, disponibilização de serviços pela Internet ou, ainda, de facultatividade das escrituras públicas de compra e venda, de hipoteca e dos demais contratos onerosos pelos quais se alienam bens ou estabelecem encargos entre eles, possibilitando suas feituas por documentos particulares, relembra-se que a razão fundamental da existência dos notários e dos registradores é garantir a expectativa da segurança jurídica e, principalmente, a necessidade de a sociedade criar mecanismos para a solução de questões que ameaçam o equilíbrio das relações jurídicas, e, com isso, do desenvolvimento econômico.

Cortar a segurança preventiva gerada pela atividade notarial simplificaria os atos do comércio ou retardaria para uma análise meramente de adequação à lei pelos registros imobiliários e segurança reparadora do Judiciário? Ora, se o que se busca é a simplificação dos atos e agilidade, não seria coerente aumentar a segurança jurídica e entregar às partes já um ato perfeito, adequado às suas vontades e dotado de eficácia especial como meio de prova e com força executiva?

A intervenção notarial atribuí aos instrumentos expedidos no exercício regular da profissão uma qualidade especial que lhes reveste de força probante, de certeza e valor jurídico, tudo decorrente da fé pública que lhe é atribuída.¹¹

11. Julenildo Nunes Vasconcelos e Antônio Augusto Rodrigues Cruz, ao discorrer sobre a fé pública notarial assevera que a “fé pública nesta conjuntura individualizada na

Reduzir o número de atos sujeitos à escritura pública em substituição do documento particular é desvalorizar a força daquele em detrimento deste. Nesse tocante é importante expor alguns pontos em que o documento particular pode deixar a desejar, tendo em vista que este não faz prova a mais ninguém, senão as próprias partes ou seus sucessores, ao passo que aquele prova por si mesmo, necessitando de prova do contrário para alegar a sua falsidade. Além disso, o registro imobiliário pode reconhecer que o documento está de acordo com a lei, mas não terá como provar a sua autoria ou, tampouco, a precisa data em que foi emitido, visto que tal serventia recebe o apontamento já redigido.

O notário ao redigir o ato não pretende apenas fazer um contrato, ele, com a devida qualificação especializada, ouvirá a vontade das partes, interpretará, para enfim expressar textualmente referida vontade somada da correta adequação legal, garantindo que o documento contém verdadeiros fatos relatados e que exprime o real anseio das partes.

Não sendo este o meio empregado para a feitura do ato, podem, assim, ainda no caso do documento ser particular, serem alegados vícios de consentimento, dúvidas de interpretação do contrato, imperfeita expressão da vontade e/ou falta de leitura do documento, não obstante a constante predominância da parte com maior poder econômico envolvida enganar, pela imposição de cláusulas abusivas, a parte mais fraca por possuir mais meios e conhecimentos técnicos.

Com todas essas questões é possível que aumente a quantidade de litígios dessa índole a serem julgados no Judiciário, acabando por apenas retardar o duplo controle ao invés de simplificá-lo, sem contar o aumento dos custos que um processo judicial pode gerar, tanto para as partes envolvidas quanto para o Estado.

Não obstante a segurança preventiva que o notário proporciona ao ato, é de fundamental relevância frisar a imparcialidade que ele acomoda. A componente pública da sua função o distingue dos demais particulares que possam realizar o ato em substituição à escritura. Defende a mestre portuguesa Mônica Jardim que a profissão dos notários os obriga “a proteger as partes com

figura do notário é uma das mais amplas já conhecidas, pois ao detentor dessa atribuição cabe a expressão da verdade, ou seja, vige a crença popular de ser correto e autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, salvo incontestável prova em contrário, já que a sociedade não pode ser traída em nenhuma hipótese” (VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. *Direito notarial, teoria e prática*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. p. 1).

igualdade, libertando-as, com as suas explicações imparciais e oportunas, dos enganosa a que poderia conduzi-las a sua ignorância”.¹²

No caso de um advogado redigir o ato, atuará ele sem defender a parte que o contratou? O advogado tem o dever de defesa dos interesses da parte que o contratou, mesmo que resulte no insucesso da outra parte ou de terceiros interessados. Por outro lado, o notário tem o dever de acatar uma vontade comum que se configure numa “composição duradoura, e se possível definitiva”.¹³

Além disso, quem garante que serão cobrados valores inferiores às taxas dos cartórios pelos atos por eles emitidos?

Sendo a forma um meio de exteriorizar a manifestação de vontade, o que se deseja não é, nem poderia ser, uma desformalização, porque o objetivo não é acabar com a forma, como documento escrito, e sim abolir a forma mais solene, autêntica.¹⁴ Mas, por outro lado, sabendo que a segurança jurídica é uma exigência da própria sociedade, que necessita de estabilidade em suas relações, qualquer outro solicitador que redija o contrato, seja advogado, funcionário da câmara do comércio etc., não o fará sem conformação legal, permanecendo o duplo controle de legalidade que se deseja eliminar.

O fato é que a crescente complexidade da vida em sociedade exige o acompanhamento e desenvolvimento de instrumentos jurídicos de controle da legalidade e de garantias e segurança jurídicas, o que, talvez, não será garantido se houver a substituição dos notários por outros profissionais porque o mundo está pedindo cada vez mais celeridade, facilitação das transações comerciais em detrimento do rigor jurídico. Talvez o que se busque seja apenas a simplificação do comércio jurídico e não a sua tranquilidade, se é que aquela será alcançada com a simples modificação do agente produtor do contrato.

Ainda, em salvaguarda do desenvolvimento econômico, os documentos dotados de fé pública preservam a observância do devido pagamento dos impostos incidentes sobre as transações econômicas, a serem observados anteriormente à lavratura da escritura pública, como é o caso dos impostos estatais oriundos de doações *inter vivos* ou *causa mortis* ou quando da apresentação

12. JARDIM, Mónica. A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial. Texto que serviu de base à intervenção feita na Conferência “O notariado em Portugal, na Europa e no mundo”, em 08.04.2003, em Lisboa. Disponível em: [<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314>].

13. Idem.

14. MATOS, Albino. A nova política notarial (eu privatizo, tu privatizas, eles privatizam). 2000. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/public.html].

do título junto ao registro imobiliário, caso dos impostos municipais, além, é claro, da fiscalização, em ambos os casos, do pagamento do Funrejus.

Resguardando a sonegação fiscal, facilmente encontrada nos documentos particulares, as serventias notariais ainda são responsáveis pela DOI – Declaração de Operações Imobiliárias, devendo informar semanalmente à Receita Federal todas as transações imobiliárias efetuadas, a fim de conformar as informações com o imposto de renda a ser declarado pelas partes, além de manter atualizado um cadastro para possíveis execuções fiscais de bens de pessoas com débitos junto aos órgãos municipais, estaduais e federais, bem como para fornecer fonte de estatísticas, planejamento e desenvolvimento econômico.

Dentro desse enfoque, a publicidade dada pelos registradores, os quais podem fornecer certidões sobre os bens de cada pessoa a qualquer momento, possibilita impedir a fraude contra credores.

Por fim, em defesa das atividades notariais e registrais contra os argumentos que clamam pela sua eliminação via estatização com base nos valores das taxas e emolumentos, tidos como de elevado custo, verifica-se alguns dispositivos legais, afora a gratuidade generalizada imposta aos registros civis desde 1997, que asseguram o benefício da assistência judiciária gratuita, como é o caso do art. 5.º, LXXIV, da CF/1988 que prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Tendo em vista que tal assistência corresponde a todos os serviços, sejam judiciais ou extrajudiciais, é certo afirmar que não é necessário o pagamento da consulta, orientação, taxas ou certidões quando a pessoa for incapaz de pagá-las.

Não obstante, a Lei 1.060, de 05.02.1950, não revogada pela Carta Magna de 1988, ainda reconhece em seu art., 3.º, II que a assistência judiciária compreende a isenção dos emolumentos e custas devidos aos serventuários da Justiça.

Por fim, a Lei 11.441/2007 que amplia os atos notariais, possibilitando a feição de divórcio, arrolamento e partilha de bens por escritura pública, também, assegura a gratuidade para as partes que vierem assessoradas por advogado da Defensoria Pública.

Além de tais isenções respeitarem o livre acesso a todos dos serviços notariais, há outros pontos interessantes de se apresentar no caso de o Estado ou mesmo o Município passarem a arcar com tais custas.

Considerando, assim, que os serviços passassem a ser gratuitos, ocorreria uma transferência dos custos pagos pelos usuários dos serviços para a coletividade em geral. Ora, os serviços públicos são mantidos pelos recursos oriundos

dos cofres públicos e estes são, geralmente, produzidos com a arrecadação de impostos. Pagariam pela atividade notarial não só aqueles que estão utilizando o serviço, mas sim todas as pessoas indistintamente.

Por outro lado, se os serviços fossem prestados pelo Estado, mas remunerados por meio das mesmas taxas (ou tarifas, sem que isso importe detalhada exposição acerca da distinção entre elas) já cobradas, se verificaria critérios de fixação influenciados por circunstâncias políticas ou sem dimensão exata e precisa de seus custos, o que resultaria, em qualquer caso, prejuízo ou mesmo de fraude no custeio pela sociedade em seu conjunto.¹⁵

Marcello Caetano bem define a situação ao prever que quando o produto das receitas próprias do serviço público não for suficiente para cobrir as despesas, tem a Administração de “preencher o déficit com subsídios provenientes das receitas geridas obtidas através dos impostos, o que quer dizer que pagam todos os contribuintes parte dos benefícios colhidos pelos utentes, ou até a totalidade, se as prestações forem gratuitas”.¹⁶

Nesses casos em que o Estado tem de arcar com o erário público para a manutenção do serviço, tanto pelo prejuízo quanto pela gratuidade, outros setores podem sair prejudicados, pois ou acarretaria na má prestação do serviço ou serviços que atendam as necessidades básicas teriam de ser deixados em segundo plano.

Quando ocorre a delegação da prestação de algum serviço público, como é o caso da atividade notarial, o custeio do serviço é transferido para os usuários, que pagarão pelas despesas necessárias à sua manutenção. Arcará com a implantação e manutenção do serviço apenas quem o utilizar, segundo o princípio da utilização efetiva ou potencial, e não a sociedade em geral.

É certo afirmar, todavia, que havendo lucro na cobrança de tais taxas pelo Estado, seria revertido em benefícios para a comunidade, enquanto que havendo lucro pelo particular delegado da prestação, este se apropria definitivamente. Em contrapartida, quem exerce o serviço assume, também, o risco da atividade. Assim, no caso de haver prejuízo ou alguma responsabilidade, arcaria, no caso do Estado, a coletividade e, no caso do particular, ele mesmo.

Por fim, Marçal Justen Filho defende a aplicação de recursos da iniciativa privada como meio de se evitar a crise de determinados serviços públicos.

15. JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público Econômico*. n. 1. p. 103. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

16. CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 228.

Além disso, assegura que a “impossibilidade de remuneração através de tarifa, não pode ser obstáculo à adoção de um sistema que permita a participação do capital privado para o desenvolvimento de atividades de interesse coletivo”.¹⁷

O referido autor continua alegando que num país com as carências e limitações que existem no Brasil, a participação privada para a prestação de serviços públicos “é imprescindível”.¹⁸

Além desta questão das custas, a alteração do padrão configurado nos dias de hoje é incompatível com as novas tendências da Administração Pública. Seriam necessários investimentos públicos para a estrutura imobiliária e instalações, bem como para a contratação de servidores de carreira especializados, em função da complexidade dos serviços. Tais investimentos, que já foram repassados para o particular exatamente pelo elevado custo e precariedade do setor público, poderiam esbarrar em problemas orçamentários, inviabilizando a estruturação do sistema nos níveis de necessidades da população.

Desta mesma forma, toda a manutenção necessária para o acompanhamento do desenvolvimento da sociedade e o respectivo crescimento da demanda devido para cumprir o princípio da adaptabilidade dos serviços públicos, que seria dos entes públicos caso os serviços notariais voltassem a ser estatais, deverá passar pelas limitações existentes quando da gerência de bens e serviços realizados pela própria Administração, tais como as licitações. Limites estes necessários, sem dúvida. Acontece que a administração privada tem maior flexibilidade frente às necessidades, atendendo-as com maior rapidez, o que importa na tão pretendida eficiência.

Passadas esta acepções, fica evidenciado que retroceder à estatização seria como voltar a um sistema burocrático, cujas experiências já demonstraram ser ineficientes.

Espera-se que a tanto a população quanto os legisladores voltem os olhares ao valor das atividades notariais e de registro e, assim, quem sabe, passem a procurar soluções para melhor instruí-las e garanti-las, ao invés de tentar cada vez mais por fim a essas atividades que existem desde os tempos mais remotos.

5. CONCLUSÃO

Com o término deste trabalho pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, firmado na República do Brasil, visa atingir seu fim máximo de

17. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 130.

18. Idem, ibidem, p. 136.

garantir a dignidade da pessoa humana, por meio de uma sociedade livre justa e solidária, desenvolvendo atividades no intuito de diminuir as desigualdades sociais e regionais. Além de salvaguardar uma democracia econômica e social através da subordinação do poder econômico ao poder político, na pluralidade de setores de atividade econômica e de formas de iniciativa privada.

Para que estes fins fossem atingidos, o Estado se responsabilizou por inúmeras atividades, gerando um forte vínculo de dependência dos cidadãos com o Estado. Este fato ocasionou no agigantamento do Estado, endividamento interno e externo e déficit na infraestrutura, levando o Estado a procurar o particular para colaborar com a prestação dos serviços a que se propôs, através de, entre outros institutos, a delegação de serviços públicos.

Desse modo, o entendimento desta pesquisa conclui que a atividade notarial e registral é um serviço público delegado ao particular, para que este, recebendo a devida competência e autoridade, cumpra as funções estatais que visam à realização de fins públicos.

Assim, no Brasil, com o advento da Lei 8.935/1994, que regulamentou o art. 236 da CF/1988, foi atribuído o caráter público à função notarial e registral, em razão de suas delegações estatais, porém exercida em caráter privado pelo tabelião e pelo registrador, posto que sua intervenção atende a interesses gerais da sociedade, imprimindo autenticidade aos atos por ele praticados, mediante sua fé pública, fiscalizada pelo Estado.

É exatamente pelo exercício da fé pública que o notário e o registrador, por delegação do Poder Público, apresentam-se de um lado como oficiais públicos que conferem autenticidade aos documentos e asseguram o seu arquivamento, mas, também, por outro, profissionais liberais que atuam de forma independente, imparcial e, no primeiro caso, por livre escolha dos interessados.

As atividades notariais e de registro desempenham um importante papel social, na medida em que os atos praticados por seus agentes trazem certeza jurídica para as partes. O tabelião, como redator especializado, após explicações imparciais e oportunas, reveste o ato jurídico de uma forma adequada, instrumentalizando-o corretamente dentro dos princípios legais, com o escopo, ainda, de prestar verdadeiro assessoramento jurídico, imprimindo segurança jurídica aos atos por ele praticados, contribuindo, desta forma, para a prevenção de litígios, ato este que passado pelo crivo do registrador será revestido de publicidade para dar garantia e oponibilidade a terceiros.

É por este motivo que o presente trabalho conclui pela defesa dos seus institutos da maneira como está previsto pela Constituição Brasileira, não devendo ser estatizado ou, tampouco, desformalizado.

Deve-se é dar tempo para que a substituição do modelo antigo pelo novo seja totalmente assumida. No Brasil, é necessário que o concurso público seja concretizado de fato em todos os Estados e se analise a melhora dos serviços e, se há ou não necessidade de abrir ainda mais serventias, de acordo com a demanda para garantir o bom funcionamento do comércio jurídico.

Após esta substituição, profissionais qualificados e devidamente selecionados estarão no posto das serventias, demonstrando a melhora na qualidade e presteza dos serviços, não obstante ser a melhor resposta à satisfação de interesses sociais e escopo à segurança pública.

A verdade imposta pelo documento público assegura não só as partes envolvidas como também os terceiros interessados, o Estado, os tribunais e demais serviços e instituições.

A propósito, pela forma organizacional e desempenho profissional, é permitida não só uma atuação independente dos notários e registradores, mas, uma atribuição altamente disciplinada e rigorosa, havendo possibilidades de plena autonomia, à exceção do absoluto respeito às leis e organização judiciária, razão pela qual os referidos agentes delegados, normalmente, usufruem grande prestígio e respeito, diante do tipo de organização, que, a bem da verdade, responde a uma tradição de longos anos.

Por fim, se o Estado configurado na Constituição brasileira é o Estado social, é ele a quem devemos resguardar, ir contra as atividades notariais e de registro é desejo de quem almeja um “Estado mínimo”, ausente das relações econômicas e sociais.

Devolver a atividade notarial para o poder estatal é retroceder a um modelo que já fracassou. Da mesma forma, entregar o exercício das funções notariais para particulares, advogados etc., para agir como depositários da confiança das partes, isto é, depositários dos interesses valiosos delas e, muitas vezes, como verdadeiros reguladores da vontade das mesmas, não atende às finalidades de segurança preventiva, imparcialidade, custo acessível, nem, tampouco, de celeridade. O aumento dos litígios por alegação de vícios de consentimento, dúvidas de interpretação do contrato, imperfeita expressão da vontade e/ou falta de leitura do documento podem aumentar a mora e os custos ao invés de diminuí-los, não esquecendo, é claro, da propensão à sonegação fiscal, isto é, frear o progresso econômico e não o contrário.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cândido Mendes. *Código Philippino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870.

- ANGIEUSKI, Plínio Neves. Serviços notarias e registrais na Constituição Federal e as propostas de emendas constitucionais: contramão da evolução da Administração Pública. *Boletim Jurídico*. ano 3. n. 121. Uberaba, 04.04.2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1973.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira F. Concessões de serviço público e sua fiscalização. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 28. p. 179. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996. t. I.
- _____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERREIRA, Daniel. *A função administrativa e seu regime jurídico*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1999.
- FERREIRINHA, Fernando Neto; LINO DA SILVA, Zulmira. *Manual de direito notarial, teoria e prática*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.
- GUERREIRO, Mouteira. Formalizar, desformalizar, desburocratizar, simplificar – Nos registos e no notariado: *quid iuris?* Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/public.html].
- JARDIM, Mónica. A privatização do notariado em Portugal. *Boletim do Irib em revista*. n. 318. São Paulo: Irib, set.-out. 2004.
- _____. A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial. Texto que serviu de base à intervenção feita na Conferência “O notariado em Portugal, na Europa e no mundo”, em 08.04.2003, em Lisboa. Disponível em: [https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314].
- JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público Econômico*. n. 1. p. 103. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- LOPES, J. de Seabra. *Direitos dos registos e do notariado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- MATOS, Albino. A nova política notarial (eu privatizo, tu privatizas, eles privatizam). 2000. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/public.html].
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Público na Economia*. n. 20. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2005.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. *Direito notarial, teoria e prática*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas linhas sobre a atividade notarial, de Alexandre Rezende Pellegrini – *RDI* 54/155;
- Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente, de Leonardo Brandelli – *RDI* 52/165;
- Fatos históricos e jurídicos determinantes da configuração contemporânea dos serviços notariais, de Gilson Carlos Sant'Anna – *RDI* 65/39;
- O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, de Bianca Sant'Anna Della Giustina – *RDI* 69/206;
- O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 63/53; e
- Para onde vão os cartórios?, de João Figueiredo Ferreira – *RDI* 48/125.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, light-colored lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is monochromatic, consisting of various shades of gray and white.

Doutrina Internacional



A DELIMITAÇÃO DE JURISDIÇÃO, TERRITORIAL E NA MATÉRIA – REFLEXOS NOS EFEITOS REGISTAIS

1

MÓNICA JARDIM

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Regente das aulas teórico-práticas de Direito dos Registos e do Notariado e Assistente das aulas práticas de Direito das Coisas na licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito de Coimbra. Membro da Direcção do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR) e Membro cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho Superior do Notariado Português.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Análise do sistema registral português e crítica à opção do legislador por termo à competência territorial das conservatórias e ao facto de ter atribuído aos funcionários competências próprias dos registradores). O texto analisa ainda o controle da legalidade exercida pelo conservador ou registrador imobiliário e a impossibilidade de transferência de referida função.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema registral português – Qualificação registral – Princípio da legalidade – Competência territorial dos registradores imobiliários.

ABSTRACT: Registry system analysis and criticism of the Portuguese legislator's choice *to put an end* to the territorial jurisdiction of the Registry Conservatory and the fact that the registry employees have been assigned with the powers that before only the registrars had. The text also analyzes the legality control exerted by the Registry Conservatory or the Real Estate Registrar and the impossibility of transferring this function.

KEYWORDS: Portuguese Registry System – Registry Qualification – Principle of legality – Territorial competence of the real estate registers.

SUMÁRIO: 1. Nota prévia – 2. A importância de um Sistema Registral – 3. A diversidade dos sistemas registrais vigentes na Europa quanto à eficácia e intensidade da garantia prestada ao terceiro em face do facto registado: 3.1 Os sistemas registrais que concedem uma protecção fraca aos terceiros em face do facto registável; 3.2 Os sistemas registrais de direitos que concedem uma protecção forte aos terceiros em face do facto registado – 4. O Sistema Registral Português – 5.

O controlo da legalidade exercido pelo conservador ou a qualificação registal – 6. Tomada de posição sobre o facto de ter sido eliminada a competência territorial das conservatórias e de ter sido atribuída competência própria aos oficiais para lavrarem diversos actos de registo: 6.1 Da atribuição de competência própria aos oficiais para rejeitarem apresentações, lavrarem e confirmarem registos definitivos ou provisórios ou procederem à respectiva recusa e lavrarem diversos actos de registo; 6.2 Da eliminação do princípio da competência territorial.

1. NOTA PRÉVIA

Antes de iniciarmos a análise do tema que nos foi proposto¹ – “A delimitação, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos Registais” – cumpre fazer duas ressalvas. Primeira, enquanto estudiosos do Direito do Registo Predial, vamos cingirmos a este domínio. Deste modo, ficarão, portanto, Vossas Excelências com o ónus de extrapolar as afirmações que fizemos para as outras áreas do Direito Registral.

A segunda ressalva é a seguinte: por facilidade de exposição, começaremos por fazer uma breve referência à importância de um qualquer sistema registal digno dessa denominação. De seguida, analisaremos os Sistemas Registais vigentes na Europa quanto à eficácia e à intensidade da garantia prestada ao terceiro. Posteriormente, apresentaremos a nossa opinião sobre a tutela actualmente concedida pelo sistema nacional e àquela que deveria ser concedida no futuro. Por fim, abordaremos o tema da qualificação registal e pronunciar-nos-emos sobre o tema da conferência.

2. A IMPORTÂNCIA DE UM SISTEMA REGISTAL

O ordenamento jurídico tem como uma das suas missões específicas combater a incerteza e a insegurança, dever que cumpre de duas formas: *a posteriori*, através do processo, resolvendo a incerteza actual; e *a priori* ou preventivamente, evitando a incerteza futura, procurando dar certeza e segurança às situações e às relações concretas intersubjectivas, criando meios e instrumentos aptos a produzir tal certeza e segurança, colocando-os à disposição dos particulares.²

1. Texto que serviu de base à apresentação feita no dia 10.03.2012, no Salão Nobre da Reitoria da Universidade do Porto Museu, por ocasião da Conferência “Simplicidade com Credibilidade – O Direito à Segurança Jurídica”, organizada pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados e pela Associação Sindical dos Conservadores dos Registos.

2. Como afirma Mota Pinto, *Direitos reais, (lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Coimbra, 1971, p. 119-120, “o tráfico jurídico tem de ser fluente, não pode

A actividade registal, tal como a notarial, situa-se no segundo destes planos: suposta a certeza do direito objectivo, as referidas actividades tendem a conseguir preventivamente a certeza da sua aplicação às relações e situações jurídicas e aos direitos.

Prevenir e evitar conflitos é consequência ou resultado normal da intervenção dos respectivos profissionais, uma vez que lhes está incumbido o controlo da legalidade.³

E, citando Juan Bolás Alfonso: “Já ninguém discute hoje o facto de a segurança jurídica preventiva ser uma das ‘variáveis institucionais’ da qual depende o desenvolvimento do mercado”.

Com carácter geral, tanto os estudos realizados sobre “Análise Económica do Direito” como o relatório do Banco Mundial para 1996, coincidem em destacar a importante incidência dos sistemas jurídicos sobre a vida económica.

É de tal forma importante conhecer o correcto ou incorrecto funcionamento das instituições jurídicas quando se projecta “um investimento” num determinado país, que em todos os relatórios contratados para avaliar a rentabilidade potencial do investimento, figura sempre o indicador referente a “Instituições e Segurança Jurídica” que evidencia a qualidade institucional do país em questão (um investidor pode calcular a incidência da conflitualidade laboral, a oscilação da moeda, os aumentos salariais, a facilidade das comunicações etc., mas a segurança jurídica não pode quantificar-se em termos económicos. Por

sofrer demoras excessivas no seu processamento e, sobretudo, tem de ser seguro, certo, as pessoas não podem estar à mercê de surpresas”.

3. Sobre a necessidade de contextualizar a qualificação registal no plano do sistema global de segurança preventiva ou cautelar, vide entre outros: Celestino Pardo Núñez, Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 623/1521 e ss., 1994; Chico y Ortiz, La importancia jurídica del registro de la propiedad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1/20 e ss., jul. 1982 e Proyecciones de la seguridad jurídica, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 563/797 e ss., 1984; García García, *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid, 1970, p. 102 e La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 625/2239 e ss., 1994; José Luis Mezquita del Cacho; Jesús López Mendel, *El notariado y los registros: orientación vocacional y de estudios*, Centro de Publicações Secretaría General Técnica, 1986; Lino Rodríguez Otero, *Cuestiones de derecho inmobiliario*, Dijusa, 2005, p. 162 e ss. e Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 623/1521 e ss., 1994; Paz-Ares, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, *Revista de Derecho Mercantil*, p. 7 e ss., 1985; Ramón de La Rica y Maritorena, Esquemas sobre la valoración actual del Derecho hipotecario, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, t. LVIII, p. 9 e ss, 1982.

outras palavras: não há comércio sem investimento, não há investimento sem financiamento e não há financiamento sem garantias”.⁴

3. A DIVERSIDADE DOS SISTEMAS REGISTAIS VIGENTES NA EUROPA QUANTO À EFICÁCIA E INTENSIDADE DA GARANTIA PRESTADA AO TERCEIRO EM FACE DO FACTO REGISTADO

“É sabido que o registo predial tem como principal finalidade dar publicidade à situação jurídica da propriedade imobiliária de modo a garantir segurança ao tráfico imobiliário e às operações de crédito predial. Toda a história do registo predial se desenvolve, efectivamente, em torno da ideia da protecção de terceiros, interessados em investir as suas disponibilidades em transacções sobre imóveis ou por estes garantidas através dum sistema que torne facilmente conhecida a posição da propriedade imobiliária”.⁵

Mas, na Europa, tal como no resto do mundo, a eficácia e a intensidade da garantia prestada ao terceiro em face do facto registado são distintas nos diversos sistemas de Registo.

Provavelmente, na actualidade, não existem dois sistemas registais que concedam, exactamente, a mesma tutela aos terceiros em face dos factos registados, uma vez que os sistemas registais já não existem de modo puro encontrando-se todos eles em transição. Ou seja, o que outrora foram modelos puros hoje estão em fase de evolução.

Não obstante esta realidade, para facilitar a exposição, arriscamo-nos a integrar os diversos sistemas registais europeus em dois grandes grupos:

- Os sistemas registais que concedem uma protecção fraca aos terceiros em face do facto registado.
- Os sistemas registais que concedem uma protecção forte aos terceiros em face do facto registado.

4. Cfr. Juan Bolás Alfonso, O papel do notário na economia, *O Notariado no séc. XXI*, p. 159, Lisboa, Ordem dos Notários, 2007.

5. Cfr. preâmbulo do Código do Registo Predial de 1959.

Vide, ainda, Méndez González, Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 700/571 e ss., 2007; Enrique Rajoy Brey, La hipoteca: análisis económico y social de una preferencia, *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro Internacional de Derecho Registral, Fundación Registral, 2007, p. 266 e ss.

3.1 *Os sistemas registais que concedem uma protecção fraca aos terceiros em face do facto registável*

O mínimo de garantia que qualquer Registo imobiliário oferece é a chamada força negativa ou preclusiva da publicidade: aquele que pretende adquirir sabe que, se inscrever a sua aquisição no Registo, fica a salvo dos ataques de qualquer terceiro que haja adquirido um direito incompatível do mesmo *dante causa*, que não tenha obtido a respectiva inscrição registal a seu favor ou que a tenha obtido posteriormente a si.

Por exemplo, *num ordenamento jurídico em que o registo não seja elemento imprescindível para a aquisição do direito e no qual vigore um sistema de título*, se A transmitir um direito de propriedade sobre um imóvel a B e este não solicitar o registo, posteriormente, A pode apresentar-se perante C como proprietário e vender-lhe o mesmo imóvel. Caso C solicite e obtenha o registo a seu favor, depois já não lhe poderá ser oposto o direito de B, uma vez que o facto aquisitivo de B não foi registado com anterioridade. Consequentemente, B não pode intentar qualquer acção de defesa do seu direito de propriedade (adquirido derivadamente), não obstante ser o primeiro adquirente e, até ao momento do registo feito a favor de C, ter sido o real proprietário do prédio.

Este género de protecção é a prestada pelo sistema francês, belga, luxemburguês, italiano etc., ou seja, pelos sistemas denominados, habitualmente, como sistemas de inoponibilidade.

O Registo não assegura ao possível adquirente que A é o proprietário do imóvel, assegura apenas que A ainda não alienou ou onerou o direito de propriedade; e mesmo isto resulta de modo implícito do registo: basta que nele não conste nenhum assento que publicite tal alienação ou oneração.

Assim, a tutela prestada por estes sistemas de registo, não consiste em assegurar o possível adquirente de que A é proprietário. Poderá sê-lo ou não.⁶

6. Na verdade, nestes sistemas o notário é o único responsável pela regularidade e validade dos actos que autoriza e, portanto, responde pela existência do direito na esfera jurídica do transmitente. Por isso, nas escrituras notariais que dêem forma a qualquer mutação imobiliária há sempre uma parte na qual se manifesta, sob a responsabilidade do notário, as origens do direito do disponente, e na qual se indica a série de transmissões ocorridas nos últimos anos, com indicação minuciosa dos títulos e titulares sucessivos, valendo-se os notários, para tal, dos títulos anteriores.

Refira-se que esta análise da titulação precedente assume uma utilidade preciosa, uma vez que, como veremos, o Registo nestes países para além de não ser de fólho real, não é dotado de um ficheiro real – excepção feita ao sistema francês desde 1955 – o que

Portanto, verá a sua “aquisição” afectada por uma causa de invalidade ou ineficácia *ex tunc* – não estabelecida numa cláusula sujeita a registo – que atinja o “facto aquisitivo” do seu *dante causa*. Se este falsificou um título para, assim, obter o registo do direito de propriedade, ou se adquiriu de quem nunca foi dono, ou mediante contrato celebrado em virtude de coacção etc., em qualquer destes casos, a sua falta de titularidade repercute-se na do seu “adquirente”, de acordo com o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* e o princípio *resoluto iuris dantum resoluto ius accipiens*.

Em resumo, o possível adquirente apenas pode ter por certo o seguinte: qualquer alienação ou oneração efectuada por A, que não conste do Registo e dele devesse constar, não lhe poderá ser oposta, desde que obtenha o registo prioritariamente.

O sistema não visa proteger o “terceiro” que, integrando-se numa e mesma cadeia de transmissões, possa ver a sua posição afectada por uma ou várias causas de inexistência, invalidade ou de cessação de eficácia *ex tunc* que atinjam actos anteriores àquele em que foi interveniente.

Por isso, a inexistência, a invalidade ou a cessação de eficácia *ex tunc* das situações jurídicas registadas afectam sempre o “terceiro” adquirente que haja obtido o registo a seu favor; mesmo quando o sistema registal sujeita a registo a acção de nulidade, de anulação, de resolução, de revogação etc., e tal registo não seja lavrado antes do registo do facto jurídico aquisitivo do “terceiro”.

E, regra geral, as situações jurídicas registadas e depois “indevidamente canceladas”⁷ (tendo em conta a realidade substantiva), que voltem a obter

gera a necessidade de conhecer o nome dos proprietários anteriores a quem pretende conhecer a história jurídica do imóvel.

A investigação e análise dos títulos anteriores por parte do notário estende-se ao número de anos necessários para que possa assegurar ao potencial adquirente que, em último caso, sempre poderá invocar a usucapião (Cfr. Giovanni Liotta, *Real Property Law – Italy*, p. 20 e ss., (on-line). Disponível em: [www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Italy.PDF]. Acesso em: 16.10.2006; Stéphane Glock, *Real Property Law Project – France*, p. 28 e ss., (on-line). Disponível em: [www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/France.PDF]. Acesso em: 16.10.2010; Valérie Weyts, *Real Property Law Belgium – Draft Lawfort*, 29.09.2004, p. 16, (on-line). Disponível em: [www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Belgium.PDF]. Acesso em: 16.10.2006.

7. Colocamos as expressões, “indevidamente canceladas” entre aspas, porque nela pretendemos abarcar quer as hipóteses em que o cancelamento tenha ocorrido por erro,

eficácia registal *ex tunc*, também afectam o “terceiro” que haja adquirido e registado na vigência do assento de cancelamento.

A preocupação central destes sistemas é solucionar o conflito que surge quando, sobre um mesmo prédio ou direito, o seu titular tenha efectuado dois ou mais actos de disposição eficazes *inter vivos*, incompatíveis entre si, a favor de diferentes pessoas – o protótipo de tal preocupação é o caso clínico da dupla venda efectuada pelo mesmo autor ou causante, sucessivamente, a favor de pessoas diferentes.⁸

3.2 *Os sistemas registais de direitos que concedem uma protecção forte aos terceiros em face do facto registado*

Existem sistemas registais que publicam e garantem titularidades e, por isso, são dotados de uma eficácia muito superior, pois concedem uma protecção forte aos terceiros em face do facto registado: são os sistemas que consagram o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso – o sistema alemão, suíço, austríaco, espanhol etc.

Nestes sistemas o registo designa, definitivamente, em face de um terceiro, quem é o titular de cada direito, e tal designação fica garantida, de modo que o adquirente, verificados os requisitos impostos por lei,⁹ pode tê-la por segura sem necessidade de posterior exame.

Assim, se por hipótese, na Alemanha, *B* consegue que no Registo se inscreva a seu favor o direito de propriedade sobre um imóvel, com base no con-

falha etc. do responsável pela feitura dos registos, quer as hipóteses em que o cancelamento foi correctamente feito, tendo em conta o negócio real previamente realizado que o motivou, mas acabou por ser afectado na sua valia ou eficácia pela inexistência ou pela invalidade do referido negócio.

8. É o que ocorre, num sistema de título, por exemplo, na seguinte hipótese: *A* aliena a *B* o direito de propriedade sobre o prédio *X* e, de seguida, não tendo *B* registado a aquisição, aliena o mesmo direito a *C*, que regista.

Pelo primeiro negócio, o direito de propriedade transmite-se para *B*, de acordo com o princípio da consensualidade, segundo o qual os direitos reais se constituem por mero efeito do contrato. *B* passa a ser titular de um direito real, um direito absoluto, oponível *erga omnes*, mas cuja oponibilidade nunca se consolidou em virtude da ausência da inscrição registal e, por isso, a sua situação jurídica não prevalece em relação à de *C* que “adquiriu” posteriormente mas solicitou e obteve com prioridade o registo do respectivo facto aquisitivo.

9. Que variam em função do ordenamento jurídico em causa, mas de entre os quais constam sempre: a aquisição de boa-fé, de quem conste como titular registal e a obtenção do registo a seu favor.

sentimento formal do até ali titular registal (A) mas inexistindo acordo real e, de seguida, “transmite” o referido direito a um adquirente de boa-fé (C), sem dúvida que esse adquirente, ao obter o registo a seu favor, se torna dono do prédio, uma vez que o Registo lhe garantiu, não apenas que B não havia anteriormente vendido a outra pessoa, mas, exactamente, que B era o proprietário.

E se C adquirir um direito de propriedade, que anteriormente esteve onerado com um direito de usufruto devidamente registado mas cuja inscrição já havia sido cancelada à data da aquisição da propriedade, adquire este direito livre e desonerado e assim o manterá, mesmo que o referido cancelamento tenha ocorrido indevidamente e, por isso, a inscrição registal deva recobrar a sua eficácia.

Nos sistemas registais deste segundo grupo, a propriedade de B é uma afirmação directa dos livros, garantida de tal modo que se é falsa (se B não é proprietário), ainda assim, vale para o novo adquirente que confiou nela, como se fosse verdadeira: a propriedade que não existia na esfera jurídica de B, mas que (inexactamente) era manifestada pelo assento registal não rectificado ou cancelado (consoante o ordenamento jurídico em causa) e, por isso, em vigor, nasce na esfera jurídica do “subadquirente”, tal como se B, efectivamente, a tivesse transmitido.

A lógica seguida por estes sistemas é a seguinte: se o Registo é uma instituição destinada a dar segurança ao tráfico jurídico imobiliário, deve proteger definitivamente aqueles que adquiriram direitos sobre os imóveis confiando nas suas informações.

Assim, terceiro não é apenas aquele que adquira de um *dante causa* que, afinal, já não era titular do direito, em virtude de outrem já haver, anteriormente, adquirido. É, sobretudo, aquele que, integrando-se numa e mesma cadeia de transmissões, poderia ver a sua posição afectada por uma ou várias causas de inexistência, invalidade ou cessação da eficácia *ex tunc* que atinjam um acto translativo ou constitutivo de direitos anterior àquele em que foi interveniente, ou por um ou vários vícios que firmam registos anteriores ao seu.¹⁰

Por isso, as causas determinantes de inexistência, invalidade ou cessação da eficácia *ex tunc* das situações jurídicas registadas não afectam o terceiro que haja obtido a inscrição do correspondente facto aquisitivo, se em data anterior não constar do Registo um assento que alerte para a discrepância, existente ou futura, entre a realidade tabular e extratabular. O mesmo ocorrendo com os vícios estritamente registais que afectem registos anteriores ao seu.

10. Ou seja, por vícios decorrentes da violação de preceitos de direito registal e não por “vícios” do registo que sejam mera consequência dos que inquinam o negócio real.

E as situações jurídicas registadas e depois “indevidamente canceladas”¹¹ (tendo em conta a realidade substantiva) que voltem a obter eficácia registal *ex tunc*, também não afectam o terceiro que haja “adquirido” do então titular registal e obtido o correspondente registo, se em data anterior não tiver sido publicitada a impugnação do assento de cancelamento.

Assim, nestes sistemas, o Registo, além de desempenhar a função negativa típica dos ordenamentos de cepo latino que consiste na garantia oferecida ao terceiro de que o não registado perante si não existe, desempenha ainda uma função positiva, pois protege o terceiro que adquiriu de boa-fé do titular registal mesmo que o facto aquisitivo deste seja, afinal, inexistente, inválido ou veja a sua eficácia cessar *ex tunc*, ou mesmo que o registo no qual confiou padeça de vícios, por si e em si.

A consagração do princípio da fé pública registal é o que assegura, plenamente, a referida protecção do terceiro.

O princípio da fé pública registal impede, em relação aos terceiros de boa-fé, a prova do facto contrário ao constante do registo, garante-lhes a existência, a extensão e a titularidade dos direitos reais registados e, portanto, assegura-lhes a manutenção da sua aquisição.¹²

11. Cfr. nota 6.

12. A protecção derivada do princípio da fé pública registal supõe, sempre, a verificação de três elementos:

a) um subjectivo:

– que alguém tenha adquirido confiando no conteúdo do Registo.

b) dois objectivos:

– que exista divergência entre aquilo que o Registo publica e a real situação jurídica do imóvel;

– que o terceiro adquirente haja obtido o registo a seu favor.

Mas, cumpre chamar a atenção para o facto de existirem seis aspectos que modelam os efeitos da fé pública:

a) o terceiro pode ser imediatamente tutelado, logo que obtenha o registo a seu favor, ou, ao invés, apenas ser tutelado decorrido um determinado lapso de tempo durante o qual o verdadeiro titular do direito pode reagir;

b) o terceiro pode ser tutelado independentemente da forma como adquire o seu direito ou, ao invés, apenas na hipótese de adquirir mediante negócio jurídico;

c) o terceiro pode ser tutelado apenas na hipótese de adquirir mediante negócio jurídico oneroso;

d) podem existir excepções ao funcionamento do princípio – ou seja, direitos que, apesar de não constarem do registo, não são afectados pelo funcionamento do princípio da fé pública;

Assim, o conteúdo do registo considera-se completo ou íntegro e também exacto em relação a terceiros adquirentes de boa-fé. Quem adquire um direito real confiando na integralidade e exactidão do registo, torna-se, efectivamente, seu titular, ainda que depois se constate que o seu *dante causa* já não era ou nunca foi titular do direito que o registo havia publicitado.

Tal não implica que o negócio real em que interveio o seu *dante causa* não possa ser declarado nulo, ser anulado ou desprovido de eficácia, pois a inscrição, apesar de, nestes sistemas, gerar a presunção de que o registo é exacto e íntegro a favor do titular registal, não “sana” os vícios ou limitações dos actos ou contratos inscritos. Significa, no entanto, que a referida invalidade ou ineficácia não será dotada de eficácia retroactiva real plena e que, conseqüentemente, não prejudicará o terceiro que adquiriu, cumprindo os requisitos estabelecidos na lei, permanecendo este, portanto, como titular do direito.¹³

Por outro lado, tal também não impede que o registo, lavrado a favor do *dante causa*, que padeça de vícios intrinsecamente registais, possa ser declarado nulo ou rectificado, mas implica que a declaração de nulidade ou rectificação de tal registo não afecte a posição jurídica do terceiro.

Em resumo, para o terceiro, que preencha os requisitos impostos por lei – para beneficiar do funcionamento do princípio da fé pública registal – a *inscrição vale título*.

Em face do exposto e em suma, nos Sistemas Registais de protecção mínima, que não consagram o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso, o terceiro está protegido apenas em face dos direitos não publicitados pelo Registo. Nos de protecção máxima, que consagram o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso, o terceiro está protegido em face dos direitos não publicitados, das limitações e das causas de inexistência, invalidade ou cessação de eficácia *ex tunc* que podem afectar as situações jurídicas que constem do Registo e dos vícios intrínsecos de assentos registais anteriores ao seu.

e) a boa-fé exigível ao terceiro adquirente pode ser a boa-fé em sentido psicológico ou em sentido ético;

f) a extensão do princípio da fé pública pode abranger apenas os assentos registais ou, também, os documentos apresentados aquando da solicitação da inscrição e que ficam arquivados.

13. É claro que, desta forma, aquele que impugna o acto inválido ou ineficaz, apesar de ser o verdadeiro titular do direito real, acaba por perdê-lo ou por vê-lo onerado, podendo, apenas, exigir uma indemnização àquele que, tendo obtido o registo a seu favor, depois transmitiu ou constituiu o direito a favor do terceiro.

Por outras palavras, no primeiro caso, o Registo é “completo ou íntegro”,¹⁴ mas não exacto – o terceiro adquirente que regista não pode confiar na exactidão das inscrições; no segundo, o Registo é “completo ou íntegro”¹⁵ e exacto – para o terceiro, as inscrições são exactas, pois tudo o que consta do Registo existe tal qual é publicado e, pelo contrário, tudo o que não seja revelado pelo Registo há-de considerar-se inexistente, mesmo que tal não corresponda à realidade.¹⁶⁻¹⁷

-
14. Colocamos a expressão “completo ou íntegro” entre aspas porque, na verdade, o Registo nunca é completo, uma vez que, por um lado, a ele não tem de aceder a constituição *ex vi legis* de direitos reais limitados sobre imóveis nem a aquisição originária. E, por outro, porque existem factos jurídicos e decisões judiciais que podendo e devendo aceder ao Registo, mesmo que não sejam publicitados, nem por isso deixam de ser eficazes *erga omnes*.

Consequentemente, o terceiro só pode estar seguro em face de factos que deviam ter acedido ao Registo sob pena de inoponibilidade. Nunca pode estar seguro perante a aquisição *ex vi legis* ou perante a aquisição originária de um direito, uma vez que o direito, assim adquirido, é oponível e prevalece em face de direitos registados (tal é o caso, por exemplo: das servidões legais; da acessão imobiliária; da aquisição mediante a usucapião etc.). E, também, não pode estar seguro em face de factos jurídicos que, mesmo quando não chegam a aceder ao Registo, nem por isso deixam de ser oponíveis *erga omnes* (por exemplo: as decisões administrativas impositivas e as cessões amigáveis em matéria de expropriação por utilidade pública etc.).

15. Colocamos a expressão “completo ou íntegro” entre aspas porque, como referimos, também nestes sistemas, o registo não é, em absoluto, completo, uma vez que existem direitos reais ou actos que produzem a sua eficácia típica à margem do Registo.
16. Vide a este propósito, por todos, Pau Pedrón, *Elementos de derecho hipotecario*, 1. ed. 1. reimp. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2003, p. 34-35 e *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, Cuadernos de Derecho Registral, p. 45 e ss.
17. No documento *Land Administration Guidelines*, da ONU, atribui-se a estes dois sistemas as denominações expressivas de *primary evidence* – que equivale à protecção mínima – e *details guarantee* – que equivale à protecção máxima: “In some systems, the State then guarantees the details recorded in the register, so that if a mistake were to occur, compensation would be paid. In others, the registers are treated as primary evidence rather than definitive proof”. (Cfr. ONU, *Land Administration Guidelines*, (on-line). Disponível em: [www.ica.coop/house/part-2-chapt4-ece-landadmin.pdf]. Acesso em: 10.08.2006.

Refira-se ainda que, no referido documento, se afirmou a superioridade do sistema da máxima protecção sobre o sistema da protecção mínima, ao considerar-se que o sistema ideal de Registo deve reunir os princípios do espelho, da cortina e da garantia (*the mirror principle, the curtain principle, the insurance principle*). Segundo estes

Sublinhe-se, ainda, que a consagração do princípio da fé pública registal não favorece apenas os terceiros. De facto, a maior segurança do tráfico por si gerada interessa também àquele a quem efectivamente pertence o direito. Isto porque a segurança do tráfico é uma modalidade de actuação da segurança jurídica e, por conseguinte, uma modalidade de protecção do direito, porquanto uma das formas de proteger o titular é valorizando e, assim, facilitando a transmissão do seu direito.¹⁸

Por fim, cumpre salientar que quando se tenta encontrar uma correlação entre os sistemas de protecção máxima/mínima e os sistemas que reconhecem ao registo um efeito constitutivo e os sistemas nos quais o registo assume uma função declarativa ou consolidativa da eficácia *erga omnes* das situações jurídico-reais pré-existentes, constatamos que, regra geral, os sistemas de protecção máxima são, também, os sistemas que reconhecem ao registo uma função constitutiva (por exemplo, o sistema alemão, o suíço e o austríaco). E que, ao invés, os sistemas de protecção mínima são, também, os sistemas nos quais o registo assume uma função consolidativa (por exemplo, o sistema francês, o belga e o luxemburguês).

Não obstante, existem excepções; assim, quer o sistema registal grego quer o holandês são sistemas de título e modo, sendo o modo o registo, e nenhum deles reconhece o princípio da fé pública registal.

Por fim, existem sistemas registais de protecção máxima nos quais a inscrição é declarativa. Por exemplo, o sistema espanhol.

Porque assim é, podemos afirmar que a protecção máxima concedida aos terceiros não depende do facto de ao registo ser reconhecida uma função constitu-

princípios, respectivamente, o Registo deve reflectir fielmente a realidade, deve bastar a consulta do Registo (sem necessidade de quaisquer averiguações extraregistais) e o Registo deve garantir a exactidão do que publica (Cfr. *Land Administration Guidelines, II, The legal framework. C. Deeds registration and title registration*, (on-line). Disponível em: [www.ica.coop/house/part-2-chapt4-ece-landadmin.pdf]. Acesso em: 10.08.2006.

18. Saliente-se que os países com sistemas registais que concedem uma forte tutela aos terceiros são os que tem os mercados hipotecários nacionais de maior dimensão. Tal é o caso, por exemplo, da Alemanha, que tem o mercado hipotecário nacional com maior dimensão em termos absolutos. A dimensão da sua dívida hipotecária equivale a mais de 54% do seu PIB.

A este propósito, vide, entre outros: Méndez González, ob. cit., p. 571 e ss.; *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Pamplona, DAPP, 2008; Pardo Núñez, La producción de derechos de propiedad: panorama histórico, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 694/629 e ss., 2006.

tiva.¹⁹ A regra da protecção máxima é compatível quer com os sistemas registais de inscrição constitutiva quer com os sistemas registais de inscrição declarativa.

Na verdade, a referida protecção máxima concedida aos terceiros só é possível nos sistemas em que a publicidade deriva do controlo técnico que um jurista especializado – o conservador ou registador –, desenvolve antes de efectuar o registo, através da função da qualificação registal. Ou seja, a protecção máxima depende necessariamente do controlo de legalidade sobre o que acede ao Registo e merece ser publicado. Controlo esse – de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós, como relacionando-os com os eventuais obstáculos que o Registo possa opor ao assento pretendido – que permite que o conteúdo do Registo se presuma íntegro e exacto, e surja como a “verdade oficial” em face de terceiros.

Pelo contrário, nos sistemas onde inexistente um prévio controlo de fundo da legalidade dos factos jurídicos que se submetem à publicidade prevista pelo legislador, o mesmo legislador vê-se impossibilitado de declarar fiáveis as inscrições do Registo – o registador não controla a validade substancial dos documentos que lhe são apresentados e, conseqüentemente, o Registo não garante tal validade. Estes sistemas apenas podem conceder aos terceiros o que se denomina como protecção mínima.

Refira-se que os sistemas onde inexistente um prévio controlo de fundo da legalidade dos factos jurídicos que se submetem à publicidade registal nem sequer consagram as presunções, ilidíveis, de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que consta do Registo.

Isto porque, naturalmente, nos sistemas registais em que os assentos só podem ser realizados após o cumprimento do princípio da legalidade em sentido amplo, encontra-se justificada a particular força probatória que lhes é reconhecida. Ao invés, os sistemas registais que consagram o princípio da legalidade enquanto mero controlo formal dos títulos não podem, mesmo por via da presunção, atestar a existência do direito na esfera jurídica do titular aparente.

*A correlação entre a protecção forte e o exercício do poder de qualificação, na sua dimensão máxima, pelo responsável pelo registo é um princípio lógico.*²⁰

19. Como resulta do exposto, sobre o sistema austríaco, suíço e espanhol também se pode afirmar que a protecção máxima concedida aos terceiros não depende da consagração do princípio da abstracção, uma vez que os referidos sistemas são de título e modo, neles vigora o princípio da causalidade e, não obstante, concedem uma forte tutela aos terceiros, mediante a adopção do princípio da fé pública registal.

20. Em sentido contrário, José González que afirma: “A atribuição, à entidade que centraliza a publicitação, do poder de apreciação da legalidade dos factos a ela submetidos,

4. O SISTEMA REGISTAL PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico português, desde o Regulamento de 1898, consagra o princípio da legalidade em sentido rigoroso, ou seja, atribuindo ao conservador a função de efectuar o controlo de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós, como relacionando-os com os eventuais obstáculos que o Registo possa opor ao assento pretendido.²¹

Por isso, desde há muito, se encontram consagradas as presunções registais, nos termos das quais o direito inscrito existe tal como o registo o revela e pertence a quem está inscrito como seu titular.²²

é um *plus* que não está contido nos pressupostos que fundam a necessidade da sua instituição.

(...) A fé pública de tais actos não está logicamente dependente da intervenção da entidade publicitária centralizadora – a Conservatória, entre nós. Ou seja, por exemplo, as presunções de existência e de validade dos factos relativos a direitos reais não podem ter no registo a sua base racional, porque este não é um elemento contemporâneo à sua ocorrência – no máximo, o registo reforça essas presunções. (Aliás, veja-se como no sistema alemão o registo originando essencialmente a mesma espécie de presunções que gera entre nós – § 891 BGB – a entidade registadora, no entanto, se limita, praticamente, à verificação dos requisitos de natureza registal na apreciação da viabilidade do registo). Para fundar a fé pública registal basta uma apreciação da legalidade, seja a efectuada pelo Notário ou pelo Tribunal, quando estes tenham tido intervenção na formação do facto registável, seja pelo próprio Conservador, quando aquela intervenção inexista.” (Cfr. José González, *Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial (Duplo controlo da legalidade)*, p. 5, (on-line). Disponível em: [www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2004/brn-n-1-2004/downloadFile/attachedFile_4_f0/qualif_actos.pdf?nocache=1207154321.41]. Acesso em: 09.11.2006; do mesmo autor, a propósito do “duplo controlo da legalidade”, vide também *A realidade registal predial para terceiros*, Lisboa, Quid Juris, 2006, p. 111 e ss.).

21. Actualmente o princípio da legalidade encontra-se consagrado no art. 68.º do Cód. Reg. Pred. De acordo com este preceito, o conservador português deve pronunciar-se sobre a viabilidade do pedido de registo à luz das normas legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriormente lavrados. Devendo, para tal, apreciar:
 - a identidade entre o prédio a que se refere o acto a registar e a correspondente descrição;
 - a legitimidade dos interessados;
 - a regularidade formal dos títulos referentes aos actos a registar;
 - a validade dos actos contidos nesses títulos.
22. Por força destas presunções, o titular registal, por um lado, não carece de alegar e provar factos demonstrativos da existência, validade e eficácia do direito registado,

Ou seja, o ordenamento jurídico português consagra o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo, tal como acontece no sistema registal alemão, austríaco, espanhol etc., e ao contrário do que ocorre no sistema francês, belga, luxemburguês, italiano etc.

Mas, não obstante a consagração de tal princípio (bem como do princípio do trato sucessivo na 1.^a e na 2.^a modalidade, do princípio da legitimação etc.), não se pode afirmar que o nosso sistema registal seja um sistema de protecção forte.

Na verdade, o princípio da fé pública registal só poderá ser consagrado no ordenamento jurídico português após serem eliminados ou, pelo menos, substancialmente reduzidos os obstáculos que o impedem de ser um sistema exacto.

Obstáculos esses que todos conhecem e que, por isso, nos limitamos a indicar alguns: o enorme número de prédios rústicos que se encontram duplicados no Registo; a inexistência de um qualquer controlo da titularidade do direito em caso de falecimento, desde que os prédios não estejam registados na Conservatória; a grande facilidade com que podem ser prestadas falsas declarações e com base nelas ser lavrada uma escritura de justificação de direitos tendente à primeira inscrição ou ser obtido um “título formal” num processo de justificação e, de seguida, obter-se o registo de um direito que efectivamente pertence a outrem, quando o prédio não está descrito no Registo ou quando sobre ele não incida inscrição de aquisição ou equivalente; a circunstância de o Sistema Nacional de Exploração e Gestão de Informação Cadastral (projecto SiNErGIC), aparentemente, estar longe de entrar em vigor; o número de títulos falsos que continuam a ingressar no registo.

De facto, perante estes obstáculos ou debilidades do sistema, é evidente que o mesmo não pode assegurar em absoluto os direitos que publicita. Isto

nem factos pertinentes à qualificação, conteúdo e amplitude do referido direito. E, por outro, não necessita de alegar e provar que tal direito lhe pertence.

Refira-se que o ordenamento jurídico português – tal como os outros ordenamentos que consagram as supra referidas presunções – consagram, também, o princípio do trato sucessivo (cfr. o art. 34.º, n.º 2, do Cód. Reg. Pred. português, pois, como a lei estabelece que o registo faz presumir que o direito existe e pertence ao titular inscrito, não pode dispensar a intervenção deste para a realização de um registo posterior que colida com o seu.

Mas, por seu turno, é a própria observância da continuidade das inscrições que reforça as presunções legais derivadas do registo e são estas que justificam a amplitude com que se encontra consagrado o princípio da legalidade.

porque, como se sabe, um sistema de protecção forte, porque afasta o princípio *nemo plus iuris in alium transferre potest* e o princípio *resoluto iuris dantum resolutio ius accipiens*, acaba por privar o verdadeiro titular do seu direito.

De facto, se *A*, que compra o prédio a *B* (pessoa que o registo publicita como proprietário e afinal não o é), se torna dono do prédio, isto só sucede à custa do verdadeiro proprietário que se verá despojado do seu direito. Do mesmo modo, se *A* (pessoa que o registo publicita como proprietário do prédio *X* e afinal não o é), constitui a favor de *B* uma hipoteca que onera o referido prédio e este se torna efectivamente credor hipotecário, isto só sucede à custa do verdadeiro proprietário que verá onerado o seu direito e poderá ser dele privado no âmbito de uma acção executiva.

Consequentemente, a referida protecção forte só deve ser concedida quando, previamente, o ordenamento jurídico haja criado um conjunto de condições que reduza, ao mínimo, a possibilidade de tal efeito “expropriatório” vir a ocorrer. Em resumo: a referida protecção supõe que a arquitectura organizacional e a gestão do sistema registal sejam, praticamente, à prova de erros. Uma vez que, se houver um volume de erros relevante, o número de “expropriações” tornar-se-á intolerável e o sistema entrará em colapso.

Não obstante o exposto, como é evidente, do ponto de vista do direito a constituir, não temos dúvidas de que tudo deve ser feito para eliminar as debilidades do sistema e passar a ser concedida uma forte protecção aos terceiros, sendo consagrado o princípio da fé pública registal.

Ora, assim sendo, naturalmente, não pode ser enfraquecido o controlo da legalidade do conservador e muito menos menosprezada a função de qualificação.

5. O CONTROLO DA LEGALIDADE EXERCIDO PELO CONSERVADOR OU A QUALIFICAÇÃO REGISTAL

Qualificar vem do latim (*qualificare*) e significa atribuir ou reconhecer qualidade.

Diz-se qualificação registal o juízo prudencial, positivo ou negativo, da aptidão de um título para permitir o ingresso de um facto jurídico no Registo.

Em causa não está um juízo especulativo acerca da registabilidade de um título, mas sim uma decisão prudencial sobre a efetiva operação de um registo determinado.

Decisão prudencial no sentido de arte de decidir correctamente, ou seja, de tomar a decisão acertada de admitir (e em que termos), ou não, a inscrição ou

o averbamento pretendido, aplicando, para tanto, naturalmente, à realidade, o Direito tabular e o Direito material (ou seja: Direito Civil, Direito do Urbanismo, Direito Fiscal, Direito Administrativo etc.).

Enquanto jurista, profissional do Direito numa área específica que é o Direito Registral, o conservador tem de ser o primeiro intérprete no procedimento registral, sendo ele quem deve decidir da admissibilidade do ingresso nas tábuas.

Através do exercício da função qualificadora o conservador efectua uma “depuração” dos actos que é chamado a registar, assegurando que o registo não seja um mero arquivo de documentos, mas o crivo por onde só passam os actos que o ordenamento jurídico consente.²³

Como é evidente, a actuação qualificadora que deixámos descrita não poderá o conservador omiti-la, sob pena de violação grave dos poderes/deveres que a lei lhe impõe.

Qualificar é,²⁴ indiscutivelmente, o acto mais prestigioso de toda a actuação do registrator, quer tendo em conta a sua relevância para a segurança jurídica,

23. Sobre a função qualificadora do registrator, entre outros, vide: Francisco Javier Gómez Gáligo (ed.), *La calificación registral (estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, Madrid, Civitas, 1996, t. I; La calificación registral en el pensamiento de Don Jerónimo González. Su vigencia actual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXIX, p. 1853 e ss., 1993; José M.^a de Mena y San Millán, *Calificación registral de documentos judiciales*, Bosch, Barcelona, 1985; Oliva Rodríguez, Reflexiones acerca del principio de legalidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 657/481 e ss., jan. 2000; José María Chico y Ortiz, Presente y futuro del principio de calificación registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 496/579 e ss., 1973, e *Calificación jurídica – Conceptos básicos y formularios registrales*, Marcial Pons, Madrid, 1987; Mouteira Guerreiro, *Noções de direito registral (predial e comercial)*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, p. 84 e ss.; Rafael Gómez Pavón, Comentarios a la calificación registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXII, p. 109 e ss., 1949; Ricardo Dip, Sobre a qualificação no registo de imóveis, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 29, jan.-jun., 1992; Sastre, M.^a Roca; Muncunill; Roca-Sastre, *Derecho hipotecario – Dinámica registral*, 8. ed., rev., ampl. e act., Barcelona, Bosch, 1997, t. IV, p. 1 e ss.; Serpa Lopes, *Tratado dos registos públicos – 2.º Registo de Títulos e Documentos – Registo de imóveis*, 4. ed., Freitas Bastos, 1960, p. 345 e ss.; Silva Pereira, Registo das acções (efeitos). Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_DOC070314-004.pdf] e O princípio da legalidade, o registo das decisões finais e a força do caso julgado, p. 13. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/textos/DOC070314-004.pdf]; Tomás Ogayar Ayllón, Impugnación de la calificación registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 500/11 e ss., 1974.

24. Sobre o sentido normativo-jurídico da questão da qualificação, vide Pinto Bronze, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra, 1994, p. 332 e ss., nota 835.

quer tendo em conta a independência e imparcialidade com que o mesmo há-de ser praticado em conformidade com a lei.²⁵

Mas, como é evidente, a qualificação também é a sua tarefa mais “delicada e responsabilizante”.²⁶⁻²⁷

6. TOMADA DE POSIÇÃO SOBRE O FACTO DE TER SIDO ELIMINADA A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DAS CONSERVATÓRIAS E DE TER SIDO ATRIBUÍDA COMPETÊNCIA PRÓPRIA AOS OFICIAIS PARA LAVRAREM DIVERSOS ACTOS DE REGISTO

Em face de todo o exposto, não alcançamos a razão que levou o legislador português a eliminar a competência territorial das conservatórias e a atribuir competência própria aos oficiais para lavrarem diversos actos de registo.

Vejamus com mais pormenor, invertendo a ordem do título da nossa apresentação, aproveitando o facto de termos acabado de analisar a função qualificadora.

6.1 *Da atribuição de competência própria aos oficiais para rejeitarem apresentações, lavrarem e confirmarem registos definitivos ou provisórios ou procederem à respectiva recusa e lavrarem diversos actos de registo*

Sendo a qualificação a tarefa mais nobre e responsabilizante do conservador, não compreendemos como possa ser feita por outrem, salvo sob sua delegação.²⁸ E isto, independentemente de se reconhecer que a função registal tem

25. A qualificação é imposta com vista ao atendimento da segurança jurídica e, por isso, reclama a independência decisória de seu agente, a mesma independência que tem o juiz para proferir as suas decisões.

Portanto, impondo a lei um juízo do registrador acerca da aptidão inscristiva de um título, não o pretende executor subordinado a ordens singulares superiores, mas juiz, independente e responsável.

26. Cfr. Seabra Lopes, *Direito dos registos e do notariado*, 2. ed., Coimbra, 2003, p. 175.

27. Como observou Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, 4. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, t. I, p. 536, quando se verifica que a função registal tem aspectos da função judicial e administrativa, pode-se dizer que não é possível enquadrá-la em apenas uma delas. E, assim sendo, não parece haver obstáculo em configurá-la de forma autónoma ou como uma função diferente ou específica.

28. Nos termos do n. 2 do art. 75.º-A do Cód. Reg. Pred., os oficiais têm agora competências próprias para os seguintes actos de registo:

aspectos da função jurisdicional e da função administrativa e que a função de qualificar se aproxima mais da função jurisdicional do que da administrativa.²⁹

-
- penhora de prédios;
 - aquisição e hipoteca de prédios descritos antes de titulado o negócio;
 - aquisição por compra e venda acompanhada da constituição de hipoteca, com intervenção de instituições de crédito e sociedades financeiras;
 - hipoteca voluntária, com intervenção das referidas entidades;
 - locação financeira e a transmissão do direito do locatário;
 - transmissão de créditos garantidos por hipoteca;
 - cancelamento de hipoteca por renúncia ou por consentimento;
 - averbamentos à descrição de factos que constem de documento oficial;
 - actualização da inscrição quanto à identificação dos sujeitos dos factos inscritos;
 - averbamento de desanexação dos lotes individualizados em consequência da inscrição de operações de transformação fundiária decorrente de loteamento, já confirmada pelo conservador ou seu substituto legal, e abertura das respectivas descrições;
 - abertura das descrições subordinadas da propriedade horizontal inscrita;
 - abertura das descrições das fracções temporais do direito de habitação periódica inscrito; etc.

29. De qualquer forma sempre se acrescentará que, em Portugal, em causa não está uma função materialmente jurisdicional. Apesar de qualificar implicar a interpretação e a aplicação da lei, a qual não se limita aos preceitos que constam do Código de Registo Predial, uma vez que é necessário verificar a regularidade do título do ponto de vista do direito substantivo.

Isto porque, desde logo, a função jurisdicional está constitucionalmente reservada aos juizes e aos tribunais.

Acresce que, no procedimento registal, inexistente um conflito entre partes que necessite de ser resolvido (não há partes, nem lide), não está consagrado o princípio do contraditório e a decisão não forma caso julgado material que atribua à inscrição registal carácter de sentença definitiva e inatacável em via de recurso. Ao invés, como começámos por referir, a função é essencialmente de âmbito preventivo.

No entanto, é inegável que a actividade não é meramente administrativa. A qualificação versa sobre relações de direito civil e não sobre matérias especificamente administrativas; em causa está a tutela de interesses privados e não interesses públicos; no acto de qualificação, o conservador controla a legalidade do título concluindo pela sua conformidade ao direito e nessa medida pratica um acto de *iurisdictio* enquanto resolve um problema jurídico; depois de qualificada, a inscrição registal produz efeitos *erga omnes*; tem um procedimento especial que não é o procedimento administrativo etc.

Isto, não obstante: muito da actividade desenvolvida pelo conservador do registo predial em Portugal assumir um carácter ou natureza administrativa; o enquadramento subjectivo do conservador enquanto funcionário público, que acarreta a consequência de encontrar-se sujeito ao procedimento disciplinar geral da função pública e ao regime da responsabilidade civil do Estado por actos de gestão pública.

De facto, quando a lei impõe a qualidade de jurista para se assumir a função de conservador e incumbe a este o dever de zelar pela segurança jurídica, enquanto fim último de um Sistema Registral que gera efeitos substantivos e não mera publicidade notícia, não encontramos explicação para o facto de ter sido atribuída aos oficiais competência própria para qualificarem.

Recordamos que na Alemanha o registo está confiado a “administradores de justiça”, “funcionários da administração judicial com certas funções em matéria de jurisdição voluntária” com preparação técnica adequada que actuam com plena independência, estando apenas submetidos à lei.³⁰

Na Áustria a qualificação compete aos juízes tabulares e não à administração pública – §§ 102 e ss. da GBG (princípio da legalidade).

Em Espanha aos Registradores.

É certo que temos perfeita consciência de que a atribuição de competência própria aos funcionários não prejudica em nada a direcção da Conservatória e que, conseqüentemente, a distribuição do serviço continua a estar afectada ao

Por fim, segundo o nosso entendimento em causa não estrá uma função subordinada ao regime legal da jurisdição voluntária, uma vez que, além do mais, a actuação do profissional continua a desenvolver-se com base em critérios de estrita legalidade e não de oportunidade. Não se permite ao conservador que decida como julgue mais entender mais conveniente e oportuno. Portanto, o próprio princípio da legalidade afasta a natureza de jurisdição voluntária.

Estamos, portanto, perante uma função diferente ou específica.

Como observou Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario* cit., p. 536, quando se verifica que a função registral tem aspectos da função judicial e administrativa, pode-se dizer que não é possível enquadrá-la em apenas uma delas. E, assim sendo, não parece haver obstáculo em configurá-la de forma autónoma ou como uma função diferente ou específica.

30. Até época relativamente recente, os registos eram feitos pelos *Grundbuchrichter* (juízes territoriais). Mas, desde a promulgação da *Rechtspflegergesetz* ou Lei sobre a Administração da Justiça, de 05.11.1969, quase todas as funções registrais dos *Grundbuchrichter* passaram a ser da incumbência dos *Rechtspfleger*, “administradores de justiça”, “funcionários da administração judicial com certas funções em matéria de jurisdição voluntária”.

Acrescente-se que, não obstante, a reforma de 1969 reservou algumas competências registrais ao juiz de primeira instância, pois o *Rechtspfleger* deve consultá-lo nas hipóteses enumeradas pela *Rechtspflegergesetz*: quando pretenda afastar-se de um critério sustentado reiteradamente pelo juiz; quando se encontre com dificuldades técnicas que não consiga superar; quando devam aplicar-se ou ter-se em conta normas de direito estrangeiro e quando estejam em causa questões que ultrapassam o âmbito da jurisdição voluntária.

respectivo conservador.³¹ E, também sabemos que, conforme o disposto no n.º 1 do art. 75.º-A do Cód. Reg. Pred., o conservador, em regra, é o funcionário competente para o registo. Não obstante, não podemos deixar de questionar:

Não teria sido mais sensato admitir apenas a delegação?

Entendemos que sim!

Mais, na nossa perspectiva, o legislador, indirectamente, assumiu-o ou, pelo menos revelou insegurança quanto à decisão acabada de tomar, designadamente, quando estatuiu que em caso de impugnação da decisão do oficial, é o conservador que tem competência para apreciar o despacho recorrido no sentido de sustentar ou reparar a decisão nele contida, conforme se pode constatar pelo disposto nos arts. 142.º-A, n. 1, e 144.º, n. 3, do Cód. Reg. Pred.

Em suma, para nós é claro que só deve qualificar quem tiver profundos conhecimentos jurídicos. Admitir que tal função seja realizada, como competência própria, pelos oficiais, por mais experientes e habilitados que sejam, implica, necessariamente, colocar em causa o princípio da legalidade e, conseqüentemente, não simplificar procedimentos eliminando obstáculos ou dificuldades mas, isso sim, fragilizar o sistema.

Situação que se agrava quando se sabe que a atribuição de competência própria aos oficiais não depende do seu tempo de serviço.

6.2 *Da eliminação do princípio da competência territorial*

O princípio da competência territorial – que tanto quanto sabemos se encontra consagrado em todos os Sistemas Registais da Europa – é um garante da transparência e da imparcialidade do processo registal, elementos imprescindíveis a qualquer Sistema de Registo.

Não obstante, como já referimos, foi suprimido entre nós.

Bem sabemos que tal decisão de por termo à competência territorial das conservatórias só foi tomada porque o registo é, todo ele, suportado por uma base de dados nacional e que se visou facilitar a vida ao utente evitando-lhe deslocações.

Mas, a verdade é que o mesmo objectivo teria sido atingido se se tivesse permitido que o utente entregasse o pedido do registo em qualquer conservatória, ficando esta responsável pelo seu envio para a conservatória competente.

É claro que contra se poderá argumentar que, desse modo, o utente não poderia escolher a conservatória que presta o melhor serviço, com melhor qualidade, de forma mais rápida e com melhor atendimento.

31. Conforme o disposto no n.º 1 do art. 93.º do Dec. 55/1980, de 8 de outubro.

Mas tal supõe esquecer que em causa não está um serviço privado, mas público; o qual deve ser prestado com a melhor qualidade e da forma mais rápida por qualquer conservatória.

Ora, se na prática tal não ocorria, então o problema não devia ter sido mascarado, devia, isso sim, ter sido eliminado (por exemplo, impondo a frequência de mais cursos de formação que assegurassem uma maior uniformidade decisória; aumentando o número de funcionários nas conservatórias com mais serviço etc.).

Permitir a livre escolha da conservatória é permitir a escolha do responsável pelo registo, ou seja, daquele que deve actuar apenas com obediência à lei.

A qualificação é imposta com vista à obtenção da segurança jurídica e, por isso, reclama a independência e imparcialidade decisória de seu agente, a mesma independência e imparcialidade que tem o juiz para proferir as suas decisões.

Quando o utente escolhe um responsável pelo registo e não outro, e tal fica a dever-se às condições físicas e materiais da conservatória ou à falta de funcionários, não será porque o escolhido não é imparcial ou é menos exigente?

Se o legislador tiver colocado esta questão e lhe tiver dado resposta positiva, então isso não quererá dizer que admitiu e admite a existência e permanência em funções de conservadores parciais e menos exigentes – que “qualificam por defeito” – ou de conservadores demasiado exigentes – que “qualificam por excesso”?

Independentemente do questionado, a possibilidade de o utente escolher a conservatória onde será lavrado o registo só nos faz recordar o *forum shopping* e a sua proibição. *De facto*, porque não pode o interessado escolher livremente o Tribunal e o juiz que há-de decidir a causa, mas já pode escolher o responsável pela feitura do registo?

Por fim, claro que não desconhecemos que sendo solicitada a feitura do registo on-line o utente não tem a possibilidade de escolher a pessoa que há-de lavrar o registo.

Mas, tal não nos sossega o espírito, uma vez que, naturalmente, quem quer escolher o responsável pela feitura do seu registo não formula o pedido on-line.

Em jeito de conclusão, fazendo parcialmente uso de uma frase de Fernando Méndez, no seu escrito *A destruição da confiança*,³² entendemos que o legisla-

32. Texto inédito, no qual, o autor se refere de forma expressa e crítica a recentes reformas introduzidas no sistema registal português.

dor português ao consagrar as soluções acabadas de criticar cometeu o mesmo erro que as pombas de que nos fala Kant na sua *Crítica da razão pura*: quiseram voar no vazio porque acharam que o ar lhes atrapalhava o voo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A "privatização" do notariado em Portugal, de Mónica Jardim – *RDI* 58/278;
- Do conceito de direito imobiliário registral, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 27/53;
- La evolución de los sistemas registrales en Europa, de Nicolás Nogueroles Peiró – *RDI* 61/221;
- Princípio da legalidade e registro de imóveis, de Flauzilino Araújo dos Santos – *RDI* 60/307; e
- Princípios de regulação e organização do sistema registral: poder público, organização, autofinanciamento, responsabilidade, de José Simeón Rodríguez Sánchez – *RDI* 57/228.

The background features a light gray color with a complex pattern of overlapping, semi-transparent circles and thin, intersecting lines, creating a sense of depth and movement.

Meio Ambiente e Registro Imobiliário



A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

1

ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado. Procurador do Estado.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Ambiental

RESUMO: O objetivo do presente artigo é mostrar que o dever de preservar o meio ambiente decorre da necessidade de cumprimento da função socioambiental da propriedade, tratando-se, assim, de mera limitação a este direito, razão pela qual não assiste indenização alguma ao proprietário.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente – Função social – Propriedade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to show that the duty to preserve the environment is the need for social and environmental performance of the function of the property, in the case, so the mere limitation of this right, why not watch any compensation to the owner.

KEYWORDS: Environment – Social function – Property.

SUMÁRIO: 1. O dever de preservar o meio ambiente – 2. A função social da propriedade – 3. O dever do Estado de preservar o meio ambiente não pode ocasionar o dever de indenizar – 4. A criação de área de preservação ambiental é meramente declaratória – 5. Da indenizabilidade de atividade econômica nunca antes realizada – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. O DEVER DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE

Incumbe ao Poder Público e à coletividade a defesa e preservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, conforme art. 225 da CF/1988. Segundo o art. 2.º da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) o exercício do direito

de propriedade, em relação às florestas e demais formas de vegetação (bens de interesse comum) será efetuado de acordo com as limitações que a legislação em geral e o referido Código estabelecem.

Área de preservação permanente é a protegida com a função de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o bem estar das populações humanas. Pode ser ou não ser coberta por vegetação nativa, conforme previsão do art. 3.º do Código Florestal (Lei 12.651/2012). Reserva legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas. Por meio de ato administrativo, o Poder Público pode declarar como de preservação permanente florestas e demais formas de vegetação natural. Assim, existem as áreas de preservação permanente decorrentes de lei e as decorrentes de ato administrativo.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Cumpra agora enfrentar a questão se o proprietário tem direito a ser indenizado pela obrigação de preservar o meio ambiente ou se tal obrigação seria decorrente do próprio regime da propriedade, não ocasionando qualquer direito à indenização. A questão se resolve na definição se o fato de uma propriedade privada encontrar-se sob uma área de proteção ambiental qualifica-se como uma limitação administrativa, o que afastaria qualquer indenização ou, ao contrário, tratar-se-ia de um sacrifício ao direito de propriedade, o que ensejaria o direito à indenização. Trata-se de questão extremamente relevante; somente no Estado de São Paulo, em decorrência da criação da Serra do Mar, apenas nove precatórios somavam o valor de R\$ 1.284.957.270,05; a falta de definição da relevante questão da natureza do dever de preservar o meio ambiente aliada à falta de parâmetros legais para se calcular a avaliação proporciona fraudes e prejuízos consideráveis aos cofres públicos que devem ser evitados no futuro e corrigidos, apesar do decurso do prazo para as ações rescisórias.¹

Primeiramente, deve-se partir da premissa que a função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de preservar o meio ambiente no interior

1. Mesmo no caso das ações que já transitaram em julgado há tempos e que o prazo decadencial da ação rescisória já se escoou, deve ser buscada a modificação da decisão judicial que determinou uma indenização que ofende a justa indenização. Sobre o tema, ver artigo de nossa autoria: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O princípio da justa indenização e a coisa julgada. *RT* 911/173-203.

de sua propriedade, visto que o art. 186 da CF/1988 estabelece que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.² A função social direciona a propriedade a uma finalidade que não se cinge ao âmago particular do proprietário e sim cumprir um interesse coletivo, qual seja, a de manter e desenvolver um meio ambiente ecologicamente bem equilibrado.

Clóvis Beznos³ defende que, apesar de ser dever decorrente da função social da propriedade a defesa do meio ambiente, deve-se indenizar o proprietário. Alega que tal dever deve ser distribuído à coletividade, não sendo encargo somente do proprietário.⁴ Fundamenta sua assertiva no dever de indenizar,

-
2. “A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de ‘utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente’. 2. A obrigação de os proprietários rurais instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, atende ao interesse coletivo. A averbação da reserva legal configura-se, portanto, como dever do proprietário ou adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba. Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais consequências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras (RMS 18.301/MG, DJ 03.10.2005). A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é consequência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante (REsp 927.979/MG, DJ 31.05.2007). 6. Recurso Especial provido”. (REsp 821.083/MG, 1.ª T., j. 25.03.2008, rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.04.2008).
 3. BEZDOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 77-85.
 4. “O cumprimento da função social da propriedade, embora cogente sua implementação, nos termos da Constituição e das leis disciplinadoras, não se constitui em encargo exclusivo do proprietário; e, embora elemento integrante do perfil do direito de propriedade, o custo de sua concretização, em último caso, dever ser distribuído à coletividade, porque sua não implementação conduz à desapropriação, mediante pagamento, aliás, do justo preço, embora em títulos, o que reafirma que o ônus da

por meio de títulos públicos, existente na desapropriação sanção decorrente do não cumprimento da função social da propriedade.⁵ Conclui que, se na desapropriação sanção existe o dever de indenizar, o mesmo se dá com o dever de preservar o meio ambiente.⁶ Alega que as florestas de preservação permanente não são limitações⁷ e sim restrições⁸ ao direito de propriedade. Conclui que somente se a reserva servir aos interesses do proprietário não deve ser indenizada,⁹ sendo, assim, em regra, indenizável a reserva legal, por ser constituída somente no interesse da coletividade.¹⁰ A indenização deve ser proporcional à rentabilidade presumível do imóvel¹¹ e que, se o sacrifício decorrente

realização da função social da propriedade se configura em dever de toda a sociedade, e não exclusivamente do proprietário” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 77).

5. “A função social da propriedade, assim, embora constituindo fator interno ao direito de propriedade, determinante de seu perfil, configura um dever de toda a coletividade, evidenciando que, se de um lado o descumprimento desse dever pelo proprietário é determinante da sanção, consistente em desapropriação sem o pagamento prévio em dinheiro, de outro, determina à coletividade tal pagamento, embora parcelado e em títulos públicos, impondo-se, a partir daí, ao Poder Público o dever de realizar essa função social, por si ou por terceiros” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 77).
6. “Portanto, se assim é, razão não há para invocar a função social da propriedade rural como fundamento para o não pagamento de indenização de propriedade privada, individual, que venha a ser onerada, com a incidência de sacrifício de direito, em prol do atendimento dessa função, que se constitui em custo tributável a toda coletividade, como visto” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 79).
7. “Por outro lado, não nos parece se possam qualificar tanto as florestas de preservação permanente como as reservas legais em meras limitações administrativas” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 79).
8. “Assim, parece-nos amoldarem-se perfeitamente tais restrições ao direito de propriedade na figura da servidão, sendo, portanto, em princípio indenizáveis as áreas reservadas em questão” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 82).
9. “Todavia, quanto à indenização, cabe a ponderação de que se a reserva permanente prevista no Código Florestal atender aos interesses do proprietário do imóvel, tais como evitar erosões, desabamentos de terra nas encostas do morro, ou mesmo a preservação das águas que cortam a propriedade etc., não se pode pensar em distribuição dos encargos pela coletividade, devendo, pois, cada situação ser examinada casuisticamente” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 82).
10. “O mesmo, todavia, não se passa com a reserva legal, parecendo-nos, pelas disposições legais que as preveem, serem sempre constituídas no interesse da coletividade, sendo, portanto, sempre indenizáveis” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 82).
11. “(...) cabe, todavia, ponderar que a indenização deve corresponder ao efetivo prejuízo do proprietário rural, que necessariamente não corresponde à perda da área, mas

do dever de preservar o meio ambiente atingir toda a propriedade, deve haver a indenização integral, por se tratar de desapropriação.¹²

O entendimento acima é seguido pelo STF:

“A inexistência de qualquer indenização sobre a parcela de cobertura vegetal sujeita a preservação permanente implica violação aos postulados que asseguram o direito de propriedade e a justa indenização (CF, art. 5.º, XXII e XXIV).”¹³

“Diga-se, também, que não há como excluir do montante indenizatório os valores das matas e das benfeitorias existentes na terra nua, uma vez que tais bens integram a área expropriada, fazendo parte integrante da mesma, motivo pelo qual não procede a irrisignação da apelante.”¹⁴

“A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.”¹⁵

Em sentido oposto, argumenta-se que não existe desapropriação indireta na criação de área de preservação ambiental, sendo um ônus imposto a toda a sociedade o de preservar o meio ambiente, não existindo qualquer direito à indenização, conforme lição de Mário Roberto N. Veloso:¹⁶

“É um ônus imposto pela vida em sociedade, ônus gerado por quem detém riqueza sem destinação adequada. E nem se diga, de forma alarmista, que se

simplesmente ao valor suprimido de seu uso, ou seja: sua rentabilidade presumível” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 83).

12. “Entretanto, quando o sacrifício de direito atinge a totalidade da propriedade, não mais cabe pensar na figura da servidão, mas sim na da desapropriação, o que será determinante da indenização integral” (BEZNOS, Clóvis. Op. cit., p. 84).
13. RE 267.817, 2.ª T., j. 29.10.2002, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.11.2002. No mesmo sentido: RE 114.682, 1.ª T., j. 05.11.1991, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 13.12.1991; RE 134.297, 1.ª T., j. 13.06.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.09.1995.
14. STF, AgRg no AgIn 187.726, 1.ª T., j. 03.12.1996, voto do rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.06.1997.
15. RE 134.297, 1.ª T., j. 13.06.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.09.1995.
16. VELOSO, Mário Roberto N. *Desapropriação: aspectos civis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. p. 175.

trata de confisco, ou assalto ao direito individual. O direito de propriedade permanece, encarando-se a limitação ambiental como um misto de benefício coletivo compulsório e penalidade pela não utilização racional e desrespeito à função social da terra.”

E continua o autor dizendo que:

“A criação de área de proteção ambiental de modo algum comporta indenização. A fruição do bem fica mantida, e o uso e o gozo preservados, ainda que com limitações. O particular na condição de desapropriado não tem o uso, gozo nem disposição e recebe por isso 100% do valor do bem. Equiparar o atingido por restrição ambiental com o desapropriado é portanto inadmissível, pois suas situações são diversas.”¹⁷

O STJ tem decidido que não cabe qualquer indenização ao proprietário do imóvel pela cobertura vegetal e pela criação de parque estadual:

“A indenização pela cobertura vegetal, de forma destacada da terra nua, está condicionada à efetiva comprovação da exploração econômica lícita dos recursos vegetais, situação não demonstrada nos autos.”¹⁸

“A criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Dec. 10.251/1977, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Conseqüentemente, à luz do entendimento predominante desta Corte, revela-se indevida indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo sub examine – Dec. 10.251/1977, do Estado de São Paulo, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar – salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria, em face do Estado de São Paulo, que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição.”¹⁹

“A limitação ao direito de propriedade decorrente da declaração de utilidade pública de imóvel, para o fim de criação de parque estadual, não gera direito à indenização por desapropriação indireta quando não ultimado o desapossa-

17. *Idem*, p. 173.

18. STJ, AgRg no REsp 636.163/RN, 2.ª T., j. 09.11.2010, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 03.02.2011.

19. STJ, AgRg no REsp 1.119.468/SP, 1.ª T., j. 22.09.2009, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 14.10.2009.

mento pelo Poder Público, tampouco indenização a outro título quando não comprovada a existência de prejuízo.”²⁰

A exigência de indenização na desapropriação sanção²¹ decorre da necessidade de retirada da propriedade do particular por este não estar cumprindo a função social requerida pelo ordenamento jurídico. *A indenização é pela perda da propriedade e não pela função social que recai sobre o imóvel.*

Para se retirar a propriedade, indubitavelmente, se mostra necessário indenizar. Entretanto, para a preservação do meio ambiente, das áreas de preservação permanente e das áreas de preservação ambiental não há a retirada da propriedade e, conseqüentemente, não há o dever de indenizar. *Mantendo-se a propriedade nas mãos do particular, não se pode aplicar a mesma solução dos casos em que a propriedade é retirada das mãos do proprietário para garantir o cumprimento da função social. Se a propriedade continua com o particular, este não pode ser indenizado como se tivesse sido expropriado.*

Os casos em que há a previsão da retirada da propriedade por meio da desapropriação sanção, quais sejam, os arts. 182 e 184 da CF/1988 se configuram em situações em que se exige uma conduta comissiva do proprietário. Este, não cumprindo a obrigação de fazer que lhe incumbe, perde a propriedade mediante pagamento em títulos, como forma de punição pelo descumprimento do dever de agir imposto pela Constituição. O caso da preservação do meio ambiente é diverso, visto que se trata, em regra, de conduta omissiva, qual seja, a de preservar os recursos naturais presentes na propriedade. O Estado, em regra, não tem como impor uma conduta comissiva ao particular, razão pela qual se vê obrigado a lhe retirar a propriedade, em caso de descumprimento, devendo ressarcir o valor da propriedade perdida. No caso das obrigações de não fazer, qual seja, a de não destruir o meio ambiente, cabe ao Estado, fiscalizar e exigir do particular a conduta omissiva exigida pelo ordenamento jurídico e não há o dever de indenizar.

3. O DEVER DO ESTADO DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE NÃO PODE OCASIONAR O DEVER DE INDENIZAR

Se o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente, por meio do seu poder de conformar o uso da propriedade à sua função social, não pode ser

20. STJ, EDcl em REsp 191.656/SP, 1.ª Seção, j. 23.06.2010, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 02.08.2010.

21. Arts. 182 e 184 da CF/1988.

obrigado a indenizar por cumprir o dever que a Constituição lhe impôs. As restrições decorrentes da conformação da propriedade à sua função social não ocasionam o dever de indenizar, salvo quando expressamente afirmado pela Constituição,²² tal como na desapropriação *sansão*. Nesse sentido, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim:²³

“A função social da propriedade legitima certas interferências legislativas, administrativas e judiciais; na ausência de sua previsão constitucional expressa, tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, pois, indenização. No entanto, adotado e prestigiado o instituto como foi pela Constituição, nada é devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional. Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente (podendo-se falar, inclusive, em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior.”

O uso, gozo e disposição do bem imóvel, de acordo com as normas de proteção ao meio ambiente, continuam com o particular, e, por isso, não cabe a este qualquer indenização. Nesse sentido:²⁴

“A regra geral de resguardar o meio ambiente, preceituada pela Constituição Federal, não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação, exceto quando impede, por inteiro, o uso da integralidade da propriedade, a proteção do meio ambiente; então, nada tira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu. O controle da degradação ambiental é próprio do sistema de propriedade configurado pela Constituição, qual seja, o de cumprir uma função social.”

22. “Para fins de proteção ao meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois, como já dissemos, todo e qualquer controle que dela decorra, exceto quando a Constituição expressamente afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação, direta ou indireta” (BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Desapropriação, reserva legal e áreas de preservação permanente*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691]. Acesso em: 25.10.2011).

23. BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. Op. cit.

24. HADDAD, Emílio; SANTOS, Cacilda Lopes dos; FRANCO JR., Reynaldo Silveira. Novas perspectivas sobre o instituto da desapropriação: a proteção ambiental e sua valoração. *IV Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: “Desafios para o direito urbanístico brasileiro no século XXI”*. ano 6. n. 31. São Paulo/Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, jan.-fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39419]. Acesso em: 26.10.2011.

O dever de preservar o meio ambiente é uma limitação ao direito de propriedade que, em regra, não se configura em medida expropriatória e não ocasiona o dever de indenizar. O direito de propriedade é definido em seus contornos pela Constituição e pelas leis. Preservar o meio ambiente é um ônus inerente ao direito de propriedade. Este não existe desacompanhado deste dever. Somente se o Poder Público, por não estar o proprietário cumprindo a função social consistente em preservar o meio ambiente, decidir ser conveniente a retirada da propriedade do particular, sem prejuízo das sanções civis e criminais decorrentes do descumprimento da legislação ambiental, decorrerá o dever de indenizar na forma do art. 184 da CF/1988.

Mesmo que se considerasse o dever de proteger o meio ambiente uma restrição e não uma limitação ao direito de propriedade, não haveria, ainda, o dever de indenizar. O direito de propriedade admite restrições. O fundamento das restrições ao direito de propriedade é a função social e a supremacia do interesse público sobre o privado. A defesa e proteção do meio ambiente atende ao interesse público, bem como a propriedade deve ser exercida de acordo com a função social que abrange a necessidade de compatibilizar o seu uso com a preservação do meio ambiente. Assim, o fundamento para a restrição do pleno uso do direito de propriedade está presente. Se uma restrição ao direito de propriedade é proporcional, não se mostrará inconstitucional, não se configurando em medida expropriatória e, conseqüentemente, não ocasiona no dever de indenizar. A proporcionalidade abrange a necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito; é necessário limitar o pleno uso da propriedade, sob pena de total devastação do meio ambiente; é útil limitar a propriedade, visto que, sem essa limitação, os particulares poderiam não cumprir as determinações legais e constitucionais de preservação do meio ambiente e este somente seria preservado em propriedades públicas. Por fim, ponderando-se, de um lado, o interesse privado e egoísta de conseguir auferir o maior lucro com a exploração dos recursos naturais e de outro a preservação do meio ambiente, essencial para a saúde e bem estar de toda a coletividade, deve-se prestigiar o interesse público e dar primazia a este último. A restrição ao direito de propriedade para a preservação do meio ambiente é, assim, proporcional e não se configura em medida expropriatória, salvo se, no caso concreto, atingir o núcleo essencial do direito de propriedade. O núcleo essencial do direito de propriedade é o direito de usar do bem e de nele edificar, assim como o direito de dispor, de acordo com as condições do imóvel; não havendo a perda do direito de usar e fruir de acordo com a função social imposta pelas regras de proteção ao meio ambiente, bem como pela impossibilidade de se indenizar atividade legalmente vedada, qual seja, a exploração de recursos naturais de áreas de preservação ambiental,

em regra, não há o que indenizar. No sentido da não indenizabilidade é o ensinamento de Luis Manuel Fonseca Pires:²⁵

“De tal sorte, do mesmo modo que não há que se reclamar de qualquer violação ao direito de propriedade por ter o proprietário que respeitar os limites para construir (tanto de altura quanto de recuo) e mesmo a compatibilidade da obra de acordo com o zoneamento da cidade, também não há que se insurgir o proprietário de uma área cuja *conformação jurídica* passa a conter impedimentos quanto à irrestrita e absoluta exploração do bem porque é preciso respeitar-se, a partir da constituição da área de preservação ambiental, a nova configuração jurídica quanto ao uso e exploração da propriedade.

(...) desde que haja a manutenção da noção de ‘funcionalidade’ da propriedade, o que se encontra por serem preservadas as possibilidades de haver uma habitação no local e alguma exploração econômica, por se tratar de mera *limitação administrativa*, não há, de modo algum, qualquer direito à indenização ao proprietário.”

No mesmo sentido, Cacilda Lopes dos Santos:²⁶

“Por limitação administrativa entende-se toda imposição do Estado, de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, independentemente de qualquer indenização. Diferencia-se a limitação administrativa da desapropriação, por representar a imposição de medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia e em benefício de interesse público genérico, não gerando indenização ao particular. Como exemplo, temos as limitações impostas à propriedade pelo Código Florestal, tais como as áreas de preservação permanente e as áreas de preservação ambiental, esta última considerada unidade de conservação de uso sustentável.”

Somente se pode falar em desapropriação indireta quando a proteção ao meio ambiente impede, por inteiro, o uso da propriedade. Isso ocorre quando: 1 – ocorrer a destinação do espaço para uso comum do povo (como ocorre nos Parques Estaduais, de livre visitação pública); 2 – houver a eliminação do direito à alienação; 3 – houver inviabilidade total do uso econômico, ou seja, na prática, existir total interdição da atividade econômica do proprietário, na

25. PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. A propriedade privada em área de proteção ambiental: limitações ou restrições administrativas? In: _____; ZOCKUN, Maurício. *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 32-53.

26. SANTOS, Cacilda Lopes dos. *Desapropriação e política urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 94-95.

completa extensão daquilo que é seu.²⁷ Se ocorrer qualquer das três hipóteses, haverá a configuração da desapropriação indireta, por violação ao núcleo essencial do direito de propriedade.

O proprietário, mesmo nos limites estritos do seu imóvel, não tem total e absoluta disposição da flora. Dentre os poderes associados à propriedade, não está o poder de transformar o “estado natural” da *res* ou destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha. Decorre da função social da propriedade o dever de preservar o meio ambiente, razão pela qual inexistente o dever de indenizar.²⁸ Nesse sentido é a lição da doutrina:²⁹

“Em face da Constituição Federal de 1988, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios estampados nos arts. 5.º, 170, VI, 184, § 2.º, 186, II, e 225, todos da CF/1988. A propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em outra fase, mais civilizada e comedida, a qual se submete a uma ordem ambiental.”

Não há como subsistir o argumento de que devem ser indenizadas ao proprietário as áreas de preservação permanente (APP) e áreas de preservação ambiental (APA). Elas não acarretam a impossibilidade de uso aproveitável do imóvel, visto que incidem em apenas parte do mesmo. Decorrem da própria lei que disciplinou o direito de propriedade, compatibilizando-o com o dever de preservar o meio ambiente. O direito de propriedade não é atingido em seu núcleo essencial, visto que na parte do imóvel onde não conste a APP ou APA, existe o total poder de usar, fruir e dispor do proprietário, conforme lição de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim:³⁰

“Em linhas gerais, nenhum dos dispositivos do Código Florestal consagra, aprioristicamente, restrição que vá além dos limites internos do domínio, es-

27. Cf. BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. Op. cit.

28. “No geral, a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta ao direito de propriedade, mas uma função inserida no direito de propriedade, dele sendo fragmento inseparável. Em resumo, os limites internos não aceitam a imposição do dever de indenizar, exatamente porque fazem parte do feixe de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade” (BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. Op. cit.).

29. SANTOS, Cacilda Lopes dos. Op. cit., p. 69.

30. BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. Op. cit.

tando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados; demais disso, não atingem, na substância, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto algum as APPs e a Reserva Legal reduzem a nada os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos. Diante dos vínculos que sobre elas incidem, tanto aquelas como esta aproximam-se muito de modalidade moderna de propriedade restrita, restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade...se desapropriar é retirar a propriedade de alguém, não se pode falar, como regra, em conduta expropriante na proteção do meio ambiente pela via da Reserva Legal e das APPs, que do *dominus* nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais – mantidos em poder do titular do direito de propriedade – serão resguardados, no seu próprio interesse (= de sua propriedade) e das gerações futuras, agrupamento que inclui, é bom lembrar, seus descendentes. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela gestão racional dos recursos ambientais, procurando assegurar sua fruição futura, sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.”

4. A CRIAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL É MERAMENTE DECLARATÓRIA

Nos casos de criação, por ato administrativo, de área de preservação ambiental, também, em regra, não há dever de indenizar o proprietário. Caso a limitação administrativa não extrapole a própria disciplina legal de proteção ao meio ambiente, o ato administrativo somente declarou o que a lei já havia constituído. Assim, não haveria o dever de indenizar. Entretanto, caso a criação de área de preservação implique em restrição mais intensa e/ou extensa ao direito de propriedade que o já decorrente de toda a legislação que disciplina a proteção do meio ambiente, há, inequivocamente, o dever de indenizar. Esse entendimento foi acolhido pelo STJ:³¹

“A criação do Parque Estadual da Serra do Mar não gera direito à indenização pura e simplesmente, eis que as limitações administrativas previstas no Decreto Estadual 10.251/1977 já estavam anteriormente entabuladas no Código Florestal,³² sendo devida a indenização somente no caso de restar comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes na área antes do

31. STJ, EDcl no REsp 610.158/SP, 1.ª Seção, j. 10.09.2008, rel. Min. Castro Meira, DJe 22.09.2008.

32. Também existentes no atual Código Florestal (Lei 12.651/2012).

decreto e, também, prejuízo concreto decorrente da impossibilidade de exploração econômica da propriedade.”

Ressalte-se que a tendência atual é considerar-se a criação de parque estadual simples limitação administrativa, sem qualquer indenização, conforme decisão recente do TJSP:³³

“Desapropriação indireta. Lei 8.873/1994, que instituiu o Parque do Pariquera Abaixo. Inexistência de apossamento administrativo. Simples limitação administrativa imposta pela Lei Estadual, editada muito tempo depois do Código Florestal (Lei Federal 4.771/1965),³⁴ que já impunha limitações a áreas cobertas de floresta Indenização indevida. Sentença de procedência reformada. Reexame necessário e recurso voluntário providos.”

Se existia restrição ao imóvel na época da sua compra, tal restrição já foi considerada no preço de mercado e não pode ser ressarcida pelos cofres públicos ao comprador. Este já pagou um valor menor pelo imóvel em virtude das restrições e não pode receber o valor equivalente a um imóvel sem restrições, sob pena de manifesto enriquecimento sem causa. Nesse sentido:

“Constitucional. Administrativo. Civil. Limitação administrativa. Indenização. I – Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. II – Recurso extraordinário não conhecido.”³⁵

“Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos 10.251/1977 e 19.448/1982, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, a toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria

33. TJSP, Ap 9150101-57.2004.8.26.0000, 12.^a Câm. de Direito Público, j. 19.10.2011, rel. Ribeiro de Paula, data de registro: 11.11.2011.

34. Também existentes no atual Código Florestal (Lei 12.651/2012).

35. STF, RE 140.436, 2.^a T., j. 25.05.1999, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.08.1999.

ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.”³⁶

Havendo prejuízos comprovados, decorrentes do ato administrativo de criação de área de preservação ambiental, o princípio da justa indenização impõe o dever de indenizar. Se no imóvel havia atividade extrativa de madeira, *devidamente legalizada*, a cessação da atividade ocasiona prejuízo comprovado ao proprietário, ocasionando o dever de indenizar. Entretanto, não existindo qualquer atividade interrompida pela criação da área de preservação ambiental, incabível qualquer indenização, conforme decidiu o STJ:³⁷

“Acerca da indenização em separado da cobertura vegetal do imóvel, se verifica no caso em questão que região expropriada está situada na Reserva Extrativista Chico Mendes, no Estado do Acre. A referida reserva foi criada pelo Decreto Estadual 99.144/1990 e é área de preservação permanente, declarada de interesse ecológico e social. Ademais, o imóvel em litígio já se encontrava limitado em decorrência do Código Florestal, razão porque, considerando a restrição imposta pelo Código Florestal para a exploração de áreas de preservação ambiental, inclusive as reservas extrativistas, entendo como não cabível o direito à indenização em conjunto da cobertura florestal, uma vez que esta somente se revelaria devida caso demonstrado o efetivo prejuízo decorrente da criação da Reserva Extrativista Chico Mendes. Ressalte-se, por oportuno, que tal exploração econômica jamais ocorreu, conforme se pode extrair dos autos. Portanto, a concessão de indenização nas hipóteses de imóvel situado em área de preservação ambiental, em que seria impossível a exploração econômica lícita da área, significaria, antes de tudo, enriquecimento sem causa, sabidamente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.”

5. DA ININDENIZABILIDADE DE ATIVIDADE ECONÔMICA NUNCA ANTES REALIZADA

Não se indeniza o prejuízo de atividade nunca realizada ou impossível de ser realizada por condições físicas ou características geográficas do imóvel expropriado.³⁸ Tal fato representaria proporcionar ao proprietário um lucro que

36. STJ, ERE 254.246/SP, 1.ª Seção, j. 12.12.2006, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ 12.03.2007, p. 189.

37. STJ, REsp 848.577/AC, 2.ª T., j. 10.08.2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 10.09.2010.

38. Sobre as desapropriações propostas contra o Estado de São Paulo em decorrência da criação da Serra do Mar, assim se pronunciou o Desembargador do Tribunal de

este nunca teve e nunca teria a possibilidade de ter, em flagrante enriquecimento sem causa, conforme orientação do STJ:

“Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica.”³⁹

“As matas inexploráveis são caracterizadas unicamente como acessório da terra nua, sem valor destacado do valor fixado para o pagamento da terra. Assim, se a exploração econômica da propriedade é inviável, não é justo indenizar os expropriados pelo valor de cobertura florística inexplorável economicamente, sob pena de enriquecimento sem causa.”⁴⁰

Também é digno de transcrição voto proferido pelo desembargador Laerte Nordi do TJSP numa das inúmeras ações de desapropriação indireta derivadas da criação da Serra do Mar:⁴¹

“A verdade é que a prova dos autos também demonstra amplamente a absoluta impossibilidade de aproveitamento econômico da área, nem tanto pelas restrições administrativas impostas pela reserva Florestal, mas e preponderadamente, em razão da localidade do imóvel.

Da leitura dos autos, conclui-se que tanto o loteamento da área, como o aproveitamento comercial das matas, é simplesmente impraticável. As possibi-

Justiça Manoel de Queiroz Pereira Calças: “Com o devido respeito ao entendimento majoritário das mais respeitadas Cortes de Justiça de nosso País, ou seja, o TJSP, STJ e STF, entendo que a interpretação pretoriana a respeito das desapropriações indiretas, decorrentes da criação do Parque Estadual da Serra do Mar foi feita à luz do conceito do direito de propriedade que nos é outorgado pelo direito privado, o qual, em nosso sentir, não mais pode ser utilizado após a edição da Constituição Federal de 1988. Não bastasse isto, examinando-se as situações fáticas dos inúmeros processos de desapropriação indireta aforados, em virtude da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, constata-se que a mera edição do referido decreto estadual não interferiu na exploração econômica dos imóveis situados nos respectivos limites geográficos, posto que, pela localização dos mesmos, impossível qualquer espécie de exploração lucrativa” (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Decreto Estadual n. 10.251, de 30-8-77. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 19, ago.-nov. 1997. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20694/acoes_desapropriacao.pdf?sequence=1]. Acesso em: 26.10.2011).

39. REsp 123.835/SP, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJ 01.08.2000.

40. STJ, REsp 809.827/SP, 1.ª T., j. 28.11.2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 18.12.2006, p. 333.

41. Acórdão disponível em RT 717/151.

lidades de exploração do local são, pois, altamente problemáticas, ou melhor, absolutamente inviáveis. Não há uma probabilidade objetiva de que tal exploração venha efetivamente a ocorrer. E, desta feita, não pode o particular transferir o seu problema de venda de um bem, que está fora do mercado, para o Estado, não por culpa deste, mas sim, pela sua própria condição e localização.”

Não se indenizam por meio de juros compensatórios a perda de uma atividade econômica inexistente. A desapropriação não tem o mágico poder de transformar um imóvel improdutivo em produtivo; não se pode aceitar essa absurda ficção jurídica não permitida e nem tolerada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido:

“Os juros compensatórios, *in casu*, tem o escopo de compensar a perda da área produtiva ou de exploração. A área em comento é localizada em terreno que dificulta, enormemente, sua exploração, não ficando comprovado que o decreto expropriatório operou impedimento ao uso e gozo, porquanto, concretamente, inexistia exploração anterior para ser compensada na via dos juros pleiteados. Precedentes: REsp 595.748/SP, rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.08.2006 e REsp 108.896/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 30.11.1998.”⁴²

“Desapropriação – Indenização arbitrada com base no laudo oferecido pela expropriante, que encontrou o valor do imóvel considerando suas limitações: cortado por curso d’água, com nascentes, áreas inundáveis e alagadiças, em declives e com vegetação de preservação permanente, não se prestando à implantação de loteamento urbano. Indenização que deve ser contemporâneo da avaliação (Dec-lei 3.365/1941, art. 26). Juros compensatórios não devidos pelo fato da gleba não se revelar produtiva, sem que a simples desapropriação fizesse com que passasse a produzir rendas. Juros moratórios devidos a partir do primeiro dia útil seguinte ao exercício de expedição do precatório. Observância da Lei 11.960/2009 – Honorários advocatícios reduzidos (Dec-lei 3.365/1941, art. 27). Ação procedente. Recursos providos (oficial e voluntário).”⁴³

“Desapropriação indireta – Criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Dec. 10.251/1977 – Inexistência de prescrição, bem como de inépcia da inicial. Aposseamento administrativo inexistente – Restrições do direito de uso do imóvel que, por si só, não teriam efeito sob o direito domínio, até pelo fato de não impedirem a utilização de acordo com a sua função social ou a sua

42. STJ, REsp 784.106/SP, 1.^a T., j. 12.12.2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 22.03.2007, p. 290.

43. TJSP, Ap c/ Rev 0192715-94.2008.8.26.0000, 10.^a Câm. de Direito Público, j. 04.12.2009, rel. Urbano Ruiz, data de registro: 11.01.2010.

disponibilidade. Necessidade de comprovação do prejuízo, que deve ser real e não hipotético – Prejuízo não configurado no caso em exame – Aproveitamento econômico do imóvel para o corte e extração de madeira - Inexistência de vestígios do exercício de tal atividade, quer pela topografia da região, quer pelo estado de conservação da mata e, principalmente, por tratar-se de imóvel não servido por rede elétrica, consoante apurado pela prova pericial – Ausência, ademais, de prova segura de atividade comercial, ainda que alguns documentos revelem a extração de certa quantidade de madeira em período remoto, com ou sem autorização legal – Conjunto probatório que não autoriza a chancela de indenização no valor total de mais de 12 milhões de reais – Sentença de improcedência da ação – Verba honorária fixada com razoabilidade Desprovemento de todos os recursos (agravo retido, apelação principal e apelo adesivo).”⁴⁴

No mesmo sentido é a doutrina:⁴⁵

“Observa-se que a criação dos juros compensatórios teve por objetivo compensar a renda da terra que o proprietário deixou de auferir em virtude da desapropriação. Nos casos das desapropriações ambientais, referidas regras não poderiam ser aplicadas, pois é improvável que seus proprietários auferissem renda de terras com as particularidades das compostas pela Serra do Mar, com encostas que constituem limitações naturais à exploração econômica.”

Como o Brasil não possui legislação específica para desapropriações ambientais, os procedimentos adotam o modelo instituído pelas normas gerais de desapropriação, utilizadas em casos comuns. Os peritos judiciais costumam utilizar como métodos de avaliação o comparativo de dados de mercado e o método indireto, denominado involutivo. O método comparativo direto não é recomendado, diante da escassez ou mesmo inexistência de outras glebas com as características assemelhadas ao do imóvel objeto da restrição ambiental. Por sua vez, o método involutivo parte de uma hipótese de aproveitamento econômico da área para se chegar a um valor de indenização, modelo que também se mostra inadequado. O método involutivo é conceituado no item 6.2.4.1 da NB 502, nos seguintes termos:

“Aquele baseado em modelo de estudo de viabilidade técnico-econômica para apropriação do valor do terreno, alicerçado no seu aproveitamento eficiente, mediante hipotético empreendimento imobiliário compatível com as características do imóvel e com as condições de mercado.”

44. TJSP, Ap c/ Rev 9077177-82.2003.8.26.0000, 2.^a Câm. de Direito Público, rel. Osvaldo Magalhães, data de registro: 29.12.2004.

45. SANTOS, Cacilda Lopes dos. Op. cit., p. 117.

Entretanto, o método involutivo, ao permitir que se por se avalie um imóvel levando em conta “sua viabilidade técnico-econômica para apropriação do valor do terreno, alicerçado no seu aproveitamento eficiente, mediante hipotético empreendimento imobiliário compatível com as características do imóvel e com as condições de mercado” ocasiona injustiças extremamente grandes e ofende o ordenamento jurídico. A justa indenização não permite o pagamento de lucros hipotéticos e indenizar um loteamento inexistente, somente sob o argumento de que no terreno seria possível fazer um loteamento é proporcionar um enriquecimento ilícito ao proprietário; ademais, tal solução fere o art. 42 da Lei 6.766/1979 que veda, nas desapropriações de terrenos não vendidos ou compromissados que estes sejam considerados loteados para efeito de indenização. Assim, a utilização desses métodos, adequados às desapropriações fundadas em utilidade pública ou interesse social de imóveis situados nas cidades, não é boa técnica para as avaliações ambientais.

Quando se admita a indenização, ou seja, nos casos de prejuízos efetivamente comprovados, deve-se atentar ao fato de que as restrições ambientais ocasionam a diminuição do valor de mercado dos imóveis sujeitos aos gravames da legislação ambiental. Assim, não se podem avaliar tais imóveis no mesmo valor que outros onde o aproveitamento econômico seria pleno, sob pena de enriquecimento sem causa. Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva:⁴⁶

“(...) o proprietário, seja pessoa pública ou pessoa particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade. Além disso, há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar, a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Assim também as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País. Por isso, como a qualidade do ambiente, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.

A conclusão importante é que esses bens vinculados a um regime especial de imodificabilidade e, às vezes, de relativa inalienabilidade têm uma parte que fica sob o poder de decisão do proprietário acerca de sua utilização e fruição e que fica sob o domínio do poder público. Por isso a interpretação que

46. SILVA, José Afonso da apud BEZOS, Clóvis. Op. cit., p. 65, nota de rodapé 1.

a jurisprudência tem dado a respeito do valor da indenização desses bens, especialmente das florestas especialmente protegidas, não tem levado em conta que tais bens não podem ter o mesmo valor monetário que teriam se não estivessem incluídos na categoria dos bens de interesse público. No cálculo da indenização, quando cabível há de se ponderar entre o interesse público e o interesse privado sobre o bem, para que se cumpra a determinação constitucional do preço justo no caso de desapropriação direta ou indireta. O conceito de valor justo não é só em benefício do proprietário. Se o bem tem uma parte de interesse público, o valor deve levar em conta a parte estritamente do particular. A parte vinculada desconta-se no total valor que teria o bem, se despidido do vínculo de interesse público.”

6. CONCLUSÃO

Assim, em regra, não há o dever de indenizar o proprietário por este ter o dever de preservar o meio ambiente, as APPs e APAs em sua propriedade. Nem mesmo a criação de área de preservação ambiental por meio de ato administrativo, se o mesmo apenas se limita a declarar o que a lei já exigia, gera o dever de indenizar, salvo prejuízos efetivamente comprovados e/ou havendo, no caso concreto, a supressão do núcleo essencial do direito de propriedade.

7. BIBLIOGRAFIA

- BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Desapropriação, reserva legal e áreas de preservação permanente*. Disponível em: [<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691>]. Acesso em: 25.10.2011.
- BEZOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Decreto Estadual n. 10.251, de 30-8-77. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 19, ago.-nov. 1997. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20694/acoes_desapropriacao.pdf?sequence=1]. Acesso em: 26.10.2011.
- HADDAD, Emílio; SANTOS, Cacilda Lopes dos; FRANCO JR., Reynaldo Silveira. Novas perspectivas sobre o instituto da desapropriação: a proteção ambiental e sua valoração. *IV Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: “Desafios para o direito urbanístico brasileiro no século XXI”*. ano 6. n. 31. São Paulo/Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, jan.- fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39419]. Acesso em: 26.10.2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. A propriedade privada em área de proteção ambiental: limitações ou restrições administrativas? In: _____; ZOCKUN, Maurício. *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O princípio da justa indenização e a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*. vol. 911. p. 173-203. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SANTOS, Cacilda Lopes dos. *Desapropriação e política urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VELOSO, Mário Roberto N. *Desapropriação: aspectos civis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Função ambiental da propriedade, de Roxana Cardoso Brasileiro Borges – *RDA* 9/67;
- Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial, de Daniela Rosário Rodrigues – *RDI* 70/83;
- Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal, de Luis Henrique Paccagnella – *RDA* 8/5;
- O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental, de Luis Roberto Gomes – *RDA* 17/160; e
- Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente, de Antônio Herman V. Benjamin – *RDA* 4/41.

OS DESASTRES NATURAIS E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

2

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

Titular do 2.º Ofício de Teresópolis/RJ

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Os desastres naturais têm se sucedido de forma recorrente nas mais diversas partes do mundo, exigindo que todos tenham especial atenção objetivando impedir sua ocorrência ou, ao menos, mitigar suas consequências. O registrador imobiliário deve ser ator do processo de mitigação das consequências dos desastres naturais, conservando adequadamente o acervo registral e contribuindo, no exercício de suas funções, para o correto uso e ocupação do solo. Ao registro imobiliário cabe exercer suas funções jurídicas, econômicas e sociais através de uma publicidade registral de nova conformação, publicizando todas as informações jurídicas relevantes, inclusive relativas às questões ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Desastres naturais – Publicidade registral – Concentração – Áreas contaminadas – Uso e ocupação do solo – Funções do registro imobiliário.

ABSTRACT: Natural disasters have succeeded on a recurring basis in various parts of the world, requiring everyone to have special attention aiming to prevent their occurrence or, at least, mitigate its consequences. The real estate Registrar must be an actor in the mitigation process of the natural disaster consequences, keeping the registry and contributing adequately, in the exercise of his functions, for the correct use and occupation of land. The real estate registration exercise its legal, economic and social functions, through a new registry publicity conformation, giving publicity to all relevant legal information, including information relating to environmental issues.

KEYWORDS: Natural disasters – Registry publicity – Concentration – Contaminated areas – Occupation and using of land – Real estate registry functions.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A publicidade e o registro imobiliário – 3. O princípio da concentração – 4. O precedente das áreas contaminadas – 5. A atuação do registrador no correto uso e ocupação do solo – 6. Os desastres naturais e o registro imobiliário – 7. Conclusão: a importância do registro imobiliário na mitigação das consequências dos desastres naturais.

1. INTRODUÇÃO

As inúmeras tragédias naturais que o mundo tem experimentado suscitam inúmeras preocupações, às quais o registro imobiliário mostra-se sensível, especialmente porque o correto uso e ocupação do solo podem evitar consequências mais danosas, decorrentes dos desastres naturais.

Em passado recente, o Peru, o Chile e o Haiti sofreram com gravíssimos terremotos. A Ilha da Madeira, em Portugal, São Luiz do Paraitinga/SP e o Nordeste brasileiro viram enchentes devastarem parte significativa de seus territórios. O Morro do Bumba, em Niterói/RJ, e Angra dos Reis/RJ, foram palco de sérios deslizamentos de terra. Na noite de 11 para 12 de janeiro deste ano, a bela região serrana do Estado do Rio de Janeiro viveu momentos desesperadores, com deslizamentos de terra e enchentes muitíssimo graves em oito municípios: Areal, Sumidouro, São José do Vale do Rio Preto, Petrópolis, Teresópolis, Nova Friburgo, Bom Jardim e Santa Maria Madalena.

Em todos os casos, diversas perdas. Muitas vidas, perdas patrimoniais, sofrimento, sensação de impotência, abalo emocional das populações envolvidas. A tragédia atinge as pessoas em diversas dimensões. E a verdadeira noção da tragédia só tem quem vive o desastre. As notícias veiculadas pela televisão, pelas revistas e pelos jornais, por mais verossímeis que sejam não conseguem dar a exata dimensão do que passa a população diretamente atingida.

Nos dias 05 a 08.04.2010, o Centro de Formação da Cooperação Espanhola em Montevideu, Uruguai, em parceria com o Colégio de Registradores da Espanha, realizou o XIII Seminário da AECID (Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento), intitulado “Desenvolvimento Sustentável e Registro: o crescimento econômico controlado e a ordenação do território como fatores essenciais para a estabilidade social”.

Participaram do Seminário, registradores, notários e professores da Bolívia, Chile, Colômbia, Espanha, Peru, República Dominicana, Uruguai e Brasil. Participei representando o Brasil, na qualidade de Diretor de Relações Internacionais do IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, completando a delegação brasileira as representantes do registro imobiliário paulistano Aline Takemura e Letícia Akemi Koiike.

À delegação brasileira coube se manifestar exatamente no painel “O Registro da Propriedade ante desastres naturais e catástrofes humanitárias: os procedimentos de recuperação ante destruições totais e parciais do registro”.

A atualidade do tema fez com que o V Seminário Luso Brasileiro de Direito Registral Imobiliário, evento de periodicidade anual realizado em parceria pelo Irib e pelo Cenor (Centro de Estudos Notariais e Registas da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal), que se levou a cabo em Búzios/RJ, nos dias 02 e 03.12.2010, sob minha coordenação, tivesse como temas: “O Registro de Imóveis e os Desastres Naturais – Prevenção e Recuperação. O Registro Eletrônico no Contexto da Segurança Jurídica”.

Apesar de todo o envolvimento e preocupação com o tema, era inimaginável que na noite de 11 para 12 de janeiro deste ano eu viveria o problema dos desastres naturais, com as enchentes e os deslizamentos que atingiram a região onde vivo com minha família há quase 25 anos. Ouvi e vi, estupestado, deslizamentos de terra, e a água tomar conta de parte do primeiro piso da minha casa. Sofri prejuízos, mas nada diante das vidas que se foram e das perdas materiais muito mais sérias do que as da minha família. O que antes era apenas teoria, vivenciei, transitei por áreas devastadas, vi casas destruídas, ruas tomadas por terra e pedras, pessoas desabrigadas. Estou convicto que o registro imobiliário tem um papel importantíssimo para minimizar as consequências dos desastres naturais, e não pode se furtar a exercê-lo. A formalização da propriedade e a publicidade de todas as vicissitudes relativas ao imóvel certamente em muito podem contribuir para o correto uso e ocupação do solo e, conseqüentemente, para prevenir que os desastres naturais não atinjam tão gravemente a população.

Ouvi cidadãos que acreditavam viver em local seguro e sob o manto da legalidade, pois apesar de não terem “escritura”¹ da casa, viviam em rua calçada, com iluminação pública, e pagavam contas de concessionárias públicas que forneciam luz e água. A formalização da propriedade traz uma série de benefícios, e o trabalho de regularização fundiária deve observar a regularização jurídica, social, urbanística e ambiental. Contudo, não deve ser objeto de regularização qualquer área de risco. As áreas de risco devem ser desocupadas, com a remoção da população e a notícia no fôlio real de que são áreas inadequadas à ocupação.

O Poder Público não deve fomentar a ocupação de áreas de risco, dando aparência de legalidade a ocupações irregulares ao proporcionar, à população

1. Muitos leigos se referem à regularidade de seu direito de propriedade afirmando ter a “escritura” de seu imóvel, desconhecendo as duas etapas que se sucedem para a aquisição do direito de propriedade no direito brasileiro, entre vivos, a lavratura da escritura, como regra, e o seu registro.

que ali vive, serviços que somente devem ser prestados nos locais onde o uso e ocupação do solo se dão dentro dos termos da lei.

2. A PUBLICIDADE E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

O registro imobiliário tem como função básica constituir o repositório fiel da propriedade imóvel e dos atos e negócios jurídicos a ela referentes, dando publicidade à situação jurídica dos bens imóveis, com o que se alcançará a segurança jurídica. Pode-se dizer que o registro imobiliário exerce não somente uma função jurídica, decorrente da publicidade registral, mas também funções econômicas e sociais, ao fomentar o desenvolvimento econômico fornecendo meio seguro para a concessão de crédito e ao colaborar no cumprimento da função social da propriedade, atuando na fiscalização da aplicação de regras de direito urbanístico e ambiental e dando publicidade a situações relativas aos imóveis de interesse da sociedade.

A publicidade registral vem ganhando nova conformação à medida que se reconhece que ao registro imobiliário cabe publicizar todas as informações de relevância jurídica quanto ao imóvel, e indubitavelmente estão dentre elas as condições de uso e ocupação regular do solo.

3. O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

No Estado do Rio Grande do Sul, doutrinadores do direito registral defendem, há muitos anos, a concentração de atos na matrícula do imóvel.

O referido princípio veio à tona no Brasil através de estudos realizados por Décio Antônio Erpen (Desembargador aposentado do TJRS) e João Pedro Lamana Paiva (Registrador Imobiliário no Rio Grande do Sul), com a adesão do Registrador de Imóveis Mario Pazutti Mezzari.

Afirma João Pedro Lamana Paiva² que “o princípio da concentração fundamenta-se em que a *matrícula* (fólio real ou álbum imobiliário) deve ser tão completa de informações quanto possível, de forma que dispense diligências a outras fontes de informação relativas ao imóvel, fazendo com que essa fonte única de informação seja sinônimo de *segurança jurídica*”.

Prossegue o autor dizendo que inúmeras situações têm como meio mais apropriado de publicidade seu acesso ao fólio real, dentre elas “as questões am-

2. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=122&id_noticias_area=1]. Acesso em: 01.02.2011.

bientais que têm gerado necessidade de obter informação adequada: o registro dos passivos ambientais criados sobre os imóveis (aterros sanitários, aterros industriais, áreas contaminadas), assim como os inventários de áreas de preservação permanente, de reserva florestal legal, de florestas plantadas, de recursos hídricos existentes e a instituição de reservas ambientais públicas e privadas, *bem como os termos de ajustamentos de condutas celebrados entre o Ministério Público e as Pessoas Naturais e/ou Jurídicas*”.

Não obstante o elenco de atos averbáveis não seja taxativo e interesse à segurança jurídica uma maior amplitude no que se refere ao acesso ao fôlio real, deve haver um critério para lançamento de atos na matrícula. A admissão indiscriminada, sob argumento do princípio da concentração, pode levar à insegurança, resultando no efeito exatamente inverso do perseguido pelos sistemas registrais. Conhecer o que pode acessar o registro é relevante para a segurança. A inclusão indevida de atos na matrícula pode embarçar o exercício de certos direitos.

A concentração dos atos na matrícula dos imóveis, portanto, pode ser da mais alta relevância, desde que observados determinados critérios.

Os registradores de imóveis são importantes atores quanto ao correto uso e ocupação do solo, tanto urbano quanto rural, e como profissionais do direito que são, certamente saberão qualificar os atos que deverão acessar o fôlio real. Em conclusão, estão capacitados para aplicar dentro da razoabilidade o princípio da concentração, contribuindo para que todas as informações relevantes quanto ao imóvel alcancem a indispensável publicidade.

4. O PRECEDENTE DAS ÁREAS CONTAMINADAS

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Processo CG 167/2005-SP, autorizou a averbação das denominadas áreas contaminadas nas matrículas dos imóveis, invocando o *capu do* art. 246 da LRP³ para fundamentar a decisão quanto ao aspecto registral.

A autorização decorreu de consulta formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo “a respeito da viabilidade de recepção e arquivamento nas Serventias de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo do ‘Cadastro de Áreas Contaminadas’ elaborado pela Cetesb, a fim de que todas as certidões

3. “Art. 246. Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.”

emitidas pelos oficiais registradores apontem, quando o caso, o fato de o imóvel correspondente estar situado em área identificada como contaminada”.⁴

Sustentaram os consulentes que “que não têm sido raras as hipóteses de adquirentes de imóveis verem-se surpreendidos pela informação de que passaram a ocupar áreas contaminadas por substâncias perigosas, sujeitas a restrições administrativas de natureza sanitária e ambiental, as quais, frequentemente, impedem construções de qualquer natureza, notadamente nos grandes centros urbanos, como nas cidades da Região Metropolitana de São Paulo, Ribeirão Preto e Campinas, dentre outras. Assim, a utilização do Sistema Registral de Imóveis, nessas hipóteses, permitiria maior garantia aos adquirentes de propriedades imobiliárias, especialmente quando enquadrados na figura de consumidores, evitando que, inadvertidamente, se tornem proprietários de bens atingidos por vícios que afetam seu direito ao uso da coisa, por força da contaminação do solo subjacente ou armazenamento neste de produtos nocivos à saúde pública e ao meio ambiente, inclusive com o risco de sofrer sanções previstas na legislação ambiental”.

Pioneiros no Brasil, os paulistas seguiram o exemplo espanhol, pois o país da Península Ibérica já havia autorizado, por lei, a averbação das áreas contaminadas, o que foi mencionado no parecer dos juízes auxiliares da Corregedoria paulista.

Marcelo Augusto Santana de Melo,⁵ registrador imobiliário e especialista em Direito Ambiental, afirma que “o órgão natural para a publicidade das AC, indubitavelmente, é o Registro de Imóveis, pelas referidas áreas configurarem fator relevante para a propriedade, já que limitam seu regular uso, sem falar no potencial risco de adquirentes dessas áreas em razão de desconhecimento do problema”.

5. A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR NO CORRETO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO

A participação dos registradores imobiliários no que se refere à ocupação do solo foi objeto de texto que integrou o livro *Noções fundamentais de direito registral e notarial*.⁶

4. FREITAS, Gilberto Passos de. Meio ambiente. Áreas contaminadas. Publicade registral. Restrições ambientais. Averbação. *Numerus Apertus*. Revista de Direito Imobiliário 61/308-320. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.

5. MELO, Marcelo Augusto Santana de Melo (coord.). *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

6. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. São Paulo: Saraiva, 2011.

Em síntese, afirmo o seguinte:

Vivemos uma época em que são graves os problemas de gênese ilegal do tecido urbano. A ocupação ilegal do solo leva a graves e sérias consequências, de matiz ambiental, social, jurídico e urbanístico.

Consolidadas as ocupações irregulares, resta a regularização fundiária, que é medida curativa, quando se deve dar ênfase às medidas preventivas.

A política de desenvolvimento urbano deve observar o princípio da função social da propriedade, cumprindo a propriedade urbana sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, criando ainda o legislador instrumentos para implemento das políticas (§ 4.º do art. 182 da CF/1988). Deve o princípio ser considerado na definição de políticas preventivas.

Quanto ao significado jurídico-constitucional da função social da propriedade, pode-se dizer que há um conceito constitucional de propriedade, conferindo uma determinação qualitativamente diversa dos direitos do proprietário daquela do conceito tradicional. Na relação jurídica da propriedade há interesses não proprietários (em igualdade de condições ou até mesmo que devam preponderar) a merecer tutela.

Dentro de tal contexto, destaca-se a atuação dos registradores imobiliários, com relevantes funções na ordenação das cidades e no cumprimento pela propriedade de sua função social.

Visando a correta produção das cidades, o cumprimento das leis urbanísticas e ambientais deve ser o foco de atuação conjunta de diversas instituições, o Município, o Ministério Público, o Poder Judiciário, e o Registro Imobiliário, especialmente.

A regular ocupação e o uso e parcelamento adequados do solo refletem interesses que se sobrepõem aos interesses individuais, merecendo a tutela de órgãos que zelam por interesses públicos e coletivos.

Contudo e em regra, não se percebe uma harmonização de atuação na busca da efetiva aplicação da legislação em tela. O que se verifica são providências isoladas e casuísticas, desatendendo à relevância que exige o assunto.

Os obstáculos ao cumprimento da legislação urbanística e ambiental são muitos, e podemos apontar:

A falta de atuação integrada dos órgãos incumbidos de aplicar as normas, fiscalizar, editar atos, reprimir as infrações, enfim, envidar esforços para respeito às leis em questão, como mencionado acima, é certamente um dos obstáculos. A falta de diálogo gera ações estanques que não redundam em um atuar

capaz de criar um padrão que refletirá em segurança quanto ao correto uso, ocupação e parcelamento do solo.

A ineficaz fiscalização do Poder Público municipal, que costuma agir apenas quando há denúncia, é outro obstáculo. A inércia da fiscalização, aliada em alguns casos à corrupção, permite a instalação de núcleos populacionais em desrespeito completo às regras urbanísticas e ambientais, com sérios prejuízos para a ordem urbanístico-ambiental e que, depois de instalados, dificilmente são removidos. Em verdade, muitas vezes a regularização fundiária decorre da omissão da fiscalização. Inexiste fiscalização, surge o núcleo irregular, sobrevém a regularização e, por absurdo, aquele que foi omisso ainda se beneficia politicamente da regularização, tornando-se benfeitor daquela população. A boa fiscalização é indispensável, por representar a melhor ação preventiva.

A visão dos empreendedores imobiliários também deve passar por um processo de atualização. O empreendedor costuma ver as regras de direito urbanístico como um entrave à sua atividade, numa visão estreita. Releva demonstrar a todos os envolvidos que o respeito à ordem urbanística e ambiental está acima de qualquer interesse individual, trazendo benefícios à toda a sociedade. O desenvolvimento urbano é inexorável, mas deve acontecer dentro de um quadro em que haja respeito a toda a legislação aplicável, com harmonização de interesses.

Especificamente com relação aos serviços de registro de imóveis, podemos citar inicialmente a resistência dos Poderes Executivo e Judiciário, em especial o Judiciário, de reconhecer os titulares como profissionais do direito e como importantes atores no processo de uso, ocupação e parcelamento do solo, urbano e rural. O Poder Judiciário, provavelmente em razão do poder de fiscalizar a prática dos atos, reluta em admitir que não há relação de dependência entre magistrados e registradores.

Sendo finalidade do registro a publicidade, a permitir o conhecimento de tudo que nele se contém (cognoscibilidade), é o registro imobiliário instrumento indispensável para o desenvolvimento econômico e para toda e qualquer política que diga respeito ao uso e ocupação do solo urbano e rural.

Ao registrador incumbe fiscalizar o recolhimento de tributos, a legalidade dos atos que lhe são submetidos para qualificação, a observância de regras de direito ambiental e urbanístico (na análise de memoriais de loteamento e incorporação, nos requerimentos de averbação de construção), o respeito às reservas florestais, etc. Exerce o registrador importante função quanto aos direitos privados e também quanto a interesses públicos. É importante ator no que diz respeito ao crescimento ordenado das cidades ao qualificar devidamente os títulos que referem ao parcelamento do solo.

Diante de tal quadro, tendo em conta a nova feição das funções sociais e ambientais da propriedade e a possibilidade de concentração dos atos no registro imobiliário, gerando cognoscibilidade, à nova ordem jurídico-urbanística (decorrente da evolução das normas de direito urbanístico, especialmente a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade) interessa uma nova ordem jurídico-registral. Não basta a modernização tecnológica do serviço de registro, mas uma melhor qualificação técnica de seus profissionais (o que vem ocorrendo desde o início da realização dos concursos públicos para ingresso na atividade); o reconhecimento de sua relevância em todo e qualquer processo que respeite ao direito de propriedade imobiliária; e a conscientização dos registradores de que não devem ser meros espectadores do desenvolvimento urbano e rural, mas sim importantes agentes para um desenvolvimento sustentável. A atuação conjunta e harmônica dos interessados em tal desiderato não pode passar à margem dos titulares dos registros imobiliários que, cada vez mais, têm sua qualidade de profissionais do direito reforçada pelo Poder Legislativo (Lei 8.935/1994, Lei 10.931/2004, CC/2002, Lei 11.977/2009 etc.).

6. OS DESASTRES NATURAIS E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

Na apresentação da delegação brasileira no Seminário de Montevidéu, antes referido, o tema do registro da propriedade ante os desastres naturais foi analisado sob dois pontos de vista: um interno e outro externo.

Desde a perspectiva externa, os desastres naturais podem modificar a situação física dos imóveis, e tais modificações devem aceder o registro. Não pode o registro publicizar uma realidade jurídica que não coincida com a realidade física, e portanto todas as modificações devem constar do registro.

Na catástrofe que atingiu a Região Serrana fluminense, muitas acessões foram destruídas pela força da natureza, e tais fatos hão de ser levados ao fôlio real. Não pode o registro enunciar a existência de uma casa que não mais existe, por exemplo. A correspondência do registro com a realidade interessa não só aos terceiros que buscam informações sobre a situação jurídica do imóvel como também ao proprietário, pois a destruição da acessão terá consequências na tributação sobre a propriedade territorial.

Fatos mais graves ocorreram, como a mudança do curso de alguns corpos d'água e o soterramento de inúmeras casas e ruas. Tais mudanças também devem aportar ao registro, e suas consequências merecem análise mais detida. Há lotes que foram inteiramente ocupados por um curso d'água, atingindo inexoravelmente o direito de propriedade privada. O soterramento de ruas e casas fez com que desaparecessem as indicações da confrontação de diversos imóveis,

ora de localização muito improvável, senão impossível, demonstrando que o georreferenciamento deve ser obrigatório não apenas para imóveis rurais como também para os urbanos.

Por outro lado, um desastre natural pode ter, como consequência, a destruição total ou parcial dos livros do registro, e também das instalações do serviço registral. Este é o aspecto interno para a recuperação dos acervos.

Na Comarca de Nova Friburgo, na qual o centro da cidade foi atingido por inundações, há notícias de destruição parcial de acervos de serviços registrares e notariais.

Por ocasião das inundações que atingiram o Nordeste brasileiro, a perda de documentos foi bastante significativa. A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco editou ato⁷ regulamentando a restauração de documentos destruídos pela catástrofe.

A solução, ante destruições parciais ou totais do registro, pode ser muito complicada, e muitas vezes impossível.

Ocorre que, os registros de imóveis, como instituições garantidoras de segurança jurídica, devem dispor de meios preventivos de armazenamento e de replicado em tempo real em locais externos, que são sistemas de duplicado e cópias de segurança (*backup*) eficientes.

Atualmente vivemos um desenvolvimento informático impressionante, e temos à nossa disposição meios que permitem duplicar os arquivos e produzir cópias de segurança de todos os livros e demais dados do registro. É inadmissível, portanto, que se perda a informação registral ante desastres naturais.

É função do registrador conservar os livros e dados do registro, inclusive a adoção dos protocolos adequados para a recuperação bibliográfica, garantindo o funcionamento continuado do registro. São os registradores, por esta razão, chamados conservadores no Chile e em Portugal. Não se pode imaginar a conservação, hoje, sem meios eficientes de duplicado – cópias de segurança. Portanto, uma gestão adequada do registro impõe ao registrador ter duplicado e cópias de todos os dados do registro, permitindo, ainda que ocorra uma total destruição do registro, trabalhar no dia seguinte utilizando os duplicados e replicados. É a atuação preventiva.

Com a edição da Lei 11.977/2009, de 07.07.2009, que determinou a instituição do registro eletrônico, espera-se que, efetivamente implementado o

7. Prov. 40/2010 – Dispõe sobre a restauração dos livros e fichas do Registro de Imóveis no âmbito do Estado de Pernambuco (20.12.2010).

sistema de registro eletrônico, não tenhamos mais problemas no Brasil para produzir duplicados dos dados registrais, reconhecidos pelo sistema jurídico.

Assim teremos no Brasil, tão pronto a Lei 11.977/2009 esteja regulamentada, meios preventivos efetivos para proteger os dados registrais dos desastres naturais.

7. CONCLUSÃO: A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO NA MITIGAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DESASTRES NATURAIS

Vimos anteriormente que a atuação do registro imobiliário deve ser preventiva quanto à conservação de todos os documentos e dados que integram seu acervo e que, após um desastre, devem ser praticados atos para conformar a realidade jurídica à nova realidade física.

Contudo, entendo que a atuação do registro imobiliário pode ir além disso. Sendo a instituição adequada para dar publicidade às situações referentes aos imóveis, pode o registro de imóveis colaborar para mitigar as consequências dos desastres naturais.

Há desastres de tal monta, absolutamente imprevisíveis, que causarão prejuízos de toda sorte, ainda que todas as regras tenham sido respeitadas. Tomando como parâmetro a catástrofe da Região Serrana fluminense, podemos dizer que, mesmo se não houvesse um único caso de uso ou ocupação irregular do solo, ainda assim a população teria perdas, mas certamente em dimensão muito inferior ao que ocorreu. O uso e a ocupação irregular do solo, o desmatamento, assoreamento dos rios, dentre outras circunstâncias, certamente contribuíram para aumentar os efeitos das chuvas torrenciais.

Tal como nas áreas contaminadas, há áreas sujeitas a inundações e outras sujeitas a deslizamentos de terra. Em tais locais, o Poder Público, através dos órgãos competentes, deve avaliar a possibilidade e as condições para o uso e ocupação do solo, e a conclusão a que chegarem os órgãos públicos deve aportar ao fôlio real, através de um ato de averbação. Feita a averbação, por provocação do Poder Público ou de qualquer interessado, instruída por documento que goza de presunção *juris tantum* de veracidade e legalidade, chegará ao conhecimento de todos que se trata de área de risco. Para além das restrições de uso e ocupação constantes das diversas normas urbanísticas e ambientais, certamente há outros locais onde o risco de ocupação não está abrangido por tais normas.

A consulta ao registro imobiliário, indispensável para os negócios imobiliários, com a apresentação da certidão de ônus reais, permitirá que os envolvidos

tenham conhecimento de todos os ônus que recaiam sobre o bem, na mais ampla concepção, dentre eles a circunstância de se tratar de área de risco.

Para exemplificar, podemos mencionar as áreas da cidade de São Paulo que sofrem inundações recorrentemente. Basta chover mais forte na capital paulista e todos os noticiários trazem depoimentos de pessoas que se referem às diversas inundações que alcançaram suas casas, às perdas que se repetem. Parece um problema insolúvel, e não se tem notícia de que as áreas serão desocupadas. Deve, então, o risco de alagamento ser enunciado pelo registro imobiliário, para que toda e qualquer pessoa que deseje realizar um negócio envolvendo imóveis nas áreas sujeitas a inundações não seja surpreendida posteriormente. Certamente a averbação poderá ser cancelada, caso o problema seja solucionado e não exista mais risco, na avaliação dos órgãos competentes.

No Seminário realizado em Montevideú foi elaborada a Carta de Montevideú,⁸ que estabeleceu, dentre outras conclusões, as seguintes:

“2) *La Transparencia de los mercados: información y asesoramiento*

La organización registral ha de continuar trabajando en esta labor de transparencia, saneamiento y purificación del mercado ofreciendo una excelente información y asesoramiento al ciudadano y a la Administración para que puedan tomar decisiones adecuadas, reflexivas, razonables, responsables y acompañadas del menor riesgo posible cuando deseen: (1) Adquirir, transmitir, derechos sobre bienes y/o constituir empresas. (2) Construir (o adquirir) viviendas en determinadas zonas. (3) Destinar el suelo a usos urbanísticos, industriales, agrarios, ambientales en base a lo establecido en los planes urbanísticos. (4) Explotar recursos naturales que se ubiquen en el suelo y subsuelo.”

Com efeito, cabe ao registro imobiliário fornecer ao cidadão as informações necessárias para que possa avaliar todos os riscos quando deseje adquirir ou construir uma casa ou instalar uma empresa em determinada zona;

“(…)

6) *Protección jurídica e información registral adecuada de los usos del territorio*

También el desarrollo sostenible de nuestros países reclama la necesidad humana de aumentar la formalidad almacenando información trascendente del tráfico, mediante una base de datos permanente y ordenada que recoja hechos significativos jurídicos, urbanísticos, agrícolas, medioambientales, fiscales, territoriales en una misma sede, en un soporte escrito y/o telemático que

8. Disponível em: [www.cadri.org/?p=4031#more-4031]. Acesso em: 01.02.2011.

sirve de memoria colectiva, fiel, exacta, transmisible y reveladora de la verdad oficial a través de los asientos registrales.

Por tanto, la Institución Registral puede colaborar en este ámbito:

Controlando que los planes urbanísticos y los códigos de construcción, la constitución y desarrollo de las explotaciones agrarias, industriales, comerciales, la ampliación de zonas de cultivo, las labores de regeneración de terrenos (re población forestal, reconstrucción por inundaciones, sismos, incendios u otros desastres de origen natural o artificial, rotación de cultivos, descontaminación del suelo), el uso y aprovechamiento del suelo (rústico, espacios protegidos, reservas naturales, ...) y subsuelo se realiza según la normativa vigente, se corresponde a los diferentes tipos de suelo establecidos en el planeamiento y en título público presentado al efecto en el registro.

Impidiendo, a través del cierre registral, el tráfico jurídico sobre los dominios legalmente indicados, la formación de núcleos de población en zonas inadecuadas y peligrosas, y las segregaciones que den lugar a fincas con superficies inferiores a la unidad mínima de cultivo conforme a la normativa vigente, evitando la excesiva fragmentación del territorio, previa notificación del órgano competente para ello (Autoridad municipal, autonómica u equivalente en el país respectivo).”

Verifica-se que em Montevideú ficou evidente a preocupação com a reconstrução de áreas atingidas por desastres naturais e a formação de núcleos populacionais em áreas inadequadas e perigosas;

“7) *Desastres naturales (o de otro origen): recuperación documental e información territorial*

La proliferación de desastres naturales así como aquellos acontecimientos que puedan producir daños en la oficina registral y en los títulos de propiedad en ella depositada, aconseja llevar a cabo en los diferentes países protocolos de actuación registral, debidamente legislados, en los que se atienda a los siguientes puntos:

(...)

– Plantear la posibilidad de llevar a cabo el cierre registral en las fincas ubicadas en zonas afectadas por un desastre cuando así se determine legalmente o en virtud de la notificación presentada a través del procedimiento legalmente establecido para ello.

(...)

– Pedir la aportación de mapas de riesgos naturales acompañando los instrumentos de planeamiento urbanístico.”

A preocupação com os desastres naturais e suas consequências, como dito inicialmente, está na pauta das discussões dos registradores imobiliários, que estão certos que podem não só preservar os dados e documentos referentes a seu ofício e adequar a realidade jurídica à realidade física dos imóveis após os desastres, como também ir além, contribuindo de forma decisiva para minimizar os efeitos das catástrofes naturais, fornecendo a máxima informação sobre o imóvel, inclusive com a notícia de sua localização em área de risco.

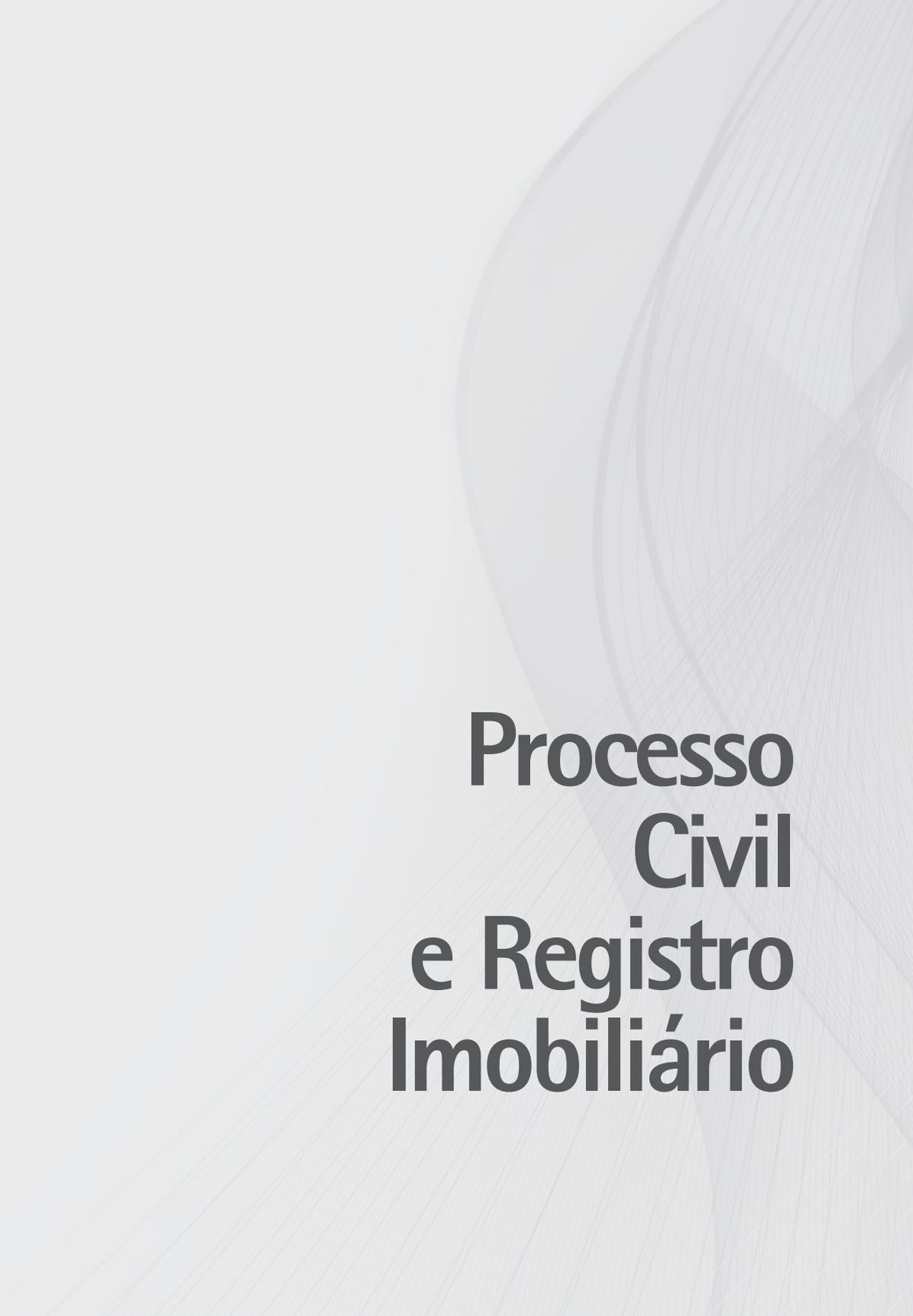
Francisco de Asís Palacios Criado, registrador espanhol, mencionado por Marcelo Melo na obra referida, diz quanto às áreas contaminadas que “o proprietário pode não se interessar na publicidade se estiver vendendo um imóvel contaminado, mas com certeza fará questão de ter conhecimento dessa circunstância quando for comprador”. Podemos dizer que o mesmo se aplica à publicidade-notícia das áreas de risco.

As reflexões apresentadas têm por objetivo enfatizar como o registro imobiliário pode colaborar quanto ao aspecto da prevenção dos efeitos dos desastres naturais, reiterando que o registro imobiliário tem funções jurídicas, econômicas e sociais, devendo exercê-las em sua plenitude em prol de toda a sociedade, na constante busca da paz social e da segurança jurídica.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo autor

- As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o registro de imóveis. Dispositivos relativos ao registro imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos, de Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – *RDI* 63/243;
- Expedição de certidões pelo registro imobiliário, de Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – *RDI* 59/75; e
- O Pacto comissório na compra e venda de imóveis e o novo Código Civil, de Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – *RDI* 56/79.

The background features a light gray color with a complex pattern of overlapping, semi-transparent circles and thin, radiating lines that create a sense of depth and movement. The text is centered in the lower half of the image.

Processo Civil e Registro Imobiliário



FRAUDE À EXECUÇÃO E DAÇÃO EM PAGAMENTO DO BEM GRAVADO COM HIPOTECA AO CREDOR HIPOTECÁRIO

1

RAFAEL VILLAR GAGLIARDI

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP. Pesquisador visitante da London School of Economics and Political Science – LSE. Membro da Comissão de Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR. Advogado.

GUILHERME FONTES BECHARA

Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O presente artigo busca, de forma resumida e não exaustiva, analisar a eventual caracterização de fraude à execução na hipótese de o devedor hipotecário dar em pagamento o bem objeto da hipoteca ao credor hipotecário, extinguindo a obrigação a que se vincula o bem, na pendência de demanda contra si ajuizada por terceiro. A análise passará pela delimitação das principais características jurídicas da fraude à execução, da hipoteca e da dação em pagamento, relacionando os institutos para se buscar considerações conclusivas sobre o tema, inclusive mediante a observação da posição da jurisprudência a respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Hipoteca – Fraude – Execução – Dação em pagamento – Extinção da obrigação.

ABSTRACT: This article aims to bring a brief and not comprehensive analysis of the possible characterization of the fraud against pending litigation in case the mortgagor makes a payment in kind to the secured creditor by means of the transfer of the mortgaged property, dismissing the obligation by the time it had already been filed a lawsuit against him. The analysis comprises the delimitation of the main legal features of the fraud against pending litigation, mortgage and payment in kind, linking the subjects in order to reach conclusive considerations over the theme, including the analysis of the orientation of the Brazilian Case law on the issue.

KEYWORDS: Mortgage – Fraud – Enforcement – Payment in Kind – Dismissal of obligation.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Apontamentos sobre a hipoteca – 3. A dação em pagamento e a extinção da dívida garantida pela hipoteca – 4. Delineamentos sobre a fraude à execução. – 5. Análise: 5.1 Hipoteca anterior à citação; 5.2 Hipoteca posterior à citação; 5.3 Registro de penhora e má-fé; 5.4 Cenário da falência; 5.5 Experiência da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A hipoteca é direito real largamente utilizado para a garantia de dívidas assumidas por particulares no âmbito de sua autonomia privada. Nada obstante, é cediço que, em caso de inadimplemento da obrigação garantida, o necessário procedimento judicial de excussão é moroso e, em muitos casos, ineficaz. Não raro, credores titulares de garantias hipotecárias não recebem o crédito que lhes é devido e igualmente não encontram na excussão do bem a solução para a crise da obrigação.

Nesse contexto, a dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário mostra-se operação possível para a solução da dívida garantida não solvida no prazo e na forma ajustados. A operação, inclusive, é respaldada por expressa previsão do Código Civil.

Analisada de forma isolada, a dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário como forma de pagamento de dívida não parece suscitar maiores questões, desde que atendidos os respectivos requisitos legais. No entanto, a problemática surge quando a operação é realizada em um ambiente no qual o devedor enfrenta demandas judiciais sobre dívidas assumidas perante outros credores.

Discute-se, então, se a realização de dação em pagamento do bem hipotecado configuraria ato de alienação a que alude o art. 593, II, do CPC a ensejar o reconhecimento de fraude à execução e conseqüente ineficácia da transação perante o credor que obteve tal reconhecimento no âmbito de uma demanda judicial.

A questão é relevante porquanto dela defluem conseqüências graves, especialmente no caso de se considerar existente fraude à execução. Ademais, envolve tanto aspectos processuais como, principalmente, materiais, mormente diante da vinculação do bem hipotecado à solução da obrigação garantida e, ainda, a preferência legal conferida ao credor hipotecário para recebimento de seu crédito.

Em outras palavras, analisa-se se os privilégios conferidos ao credor hipotecário por força do regime jurídico da hipoteca não seriam elididos pelas

disposições processuais atinentes à fraude à execução. A tensão surgida entre os ocupantes de posições jurídicas respaldadas por cada uma dessas franquias enseja análise acurada da matéria, a fim de evitar injustiças e, ao mesmo tempo, aquilatar a ocorrência de atos tendentes a prejudicar credores.

Para tanto, sem a pretensão de exaurir no tema, procurou-se estabelecer breves apontamentos sobre a hipoteca, a dação em pagamento e a fraude à execução, relacionando-se as figuras para analisar a eventual ocorrência de fraude à execução na hipótese de dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário quando da pendência de demandas judiciais ajuizadas por terceiros face ao devedor.

Ao final do trabalho, partindo-se do entendimento que, se a prática sem teoria é cegueira, também é verdade que a teoria sem a prática é paralisia, comentou-se precedentes do TJSP sobre o tema, os quais evidenciam significativa divergência jurisprudencial, corroborando a pertinência da análise proposta.

2. APONTAMENTOS SOBRE A HIPOTECA

A hipoteca encontra expressa previsão legal no art. 1.225, IX, do CC/2002. Cuida-se de direito real de garantia largamente utilizado no ramo imobiliário e financeiro para assegurar o pagamento de débitos.

Ao celebrar o contrato de hipoteca, o devedor vincula o bem à satisfação da dívida. A criação do direito real de garantia sobre o bem permite que, em caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor excute a hipoteca a fim de, com o produto da venda do bem, satisfazer seu crédito.

Adotando-se a lição de Francisco Loureiro, diz-se que as principais características da hipoteca são (a) a natureza de direito real de garantia, aderindo ao bem e sendo oponível *erga omnes*; (b) a acessoriedade, visto que necessariamente vinculada à obrigação garantida, da qual segue sua sorte; (c) o fato de recair sobre coisa do devedor ou de terceiro; (d) ter por objeto bem imóvel, navios e aeronaves; (e) a permanência do devedor ou do proprietário na posse do bem hipotecado; (f) a indivisibilidade, porquanto impassível de liberação parcial na hipótese de solvência parcial da obrigação garantida; (g) a temporariedade, até mesmo como reflexo da inexistência de obrigações perpétuas no ordenamento jurídico brasileiro.¹

1. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2007. p. 1494.

Ainda, “Dentre os direitos reais de garantia regidos pela lei civil, a hipoteca constitui direito acessório, dependente da satisfação de crédito, incidente, em regra, sobre bens imóveis”.²

Sem prejuízo da disciplina específica da hipoteca, prevista nos arts. 1.473 a 1.505 do CC/2002, interessa-nos a vinculação do bem hipotecado à solução da obrigação garantida e consequente preferência gerada ao credor hipotecário para recebimento de seu crédito.

A vinculação e preferência acima mencionadas são expressamente previstas no art. 1.422 do CC/2002.³ Em suma, ao credor hipotecário (e também ao credor pignoratício) é conferido o direito de executar a coisa hipoteca e preferir no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

De acordo com a lição de Caio Mário da Silva Pereira, “vencida e não paga a obrigação, ao credor assiste o poder de executar o bem dado em garantia, isto é, promover, pela via judicial, a sua venda em público pregão, para com o preço pagar-se preferencialmente aos autores credores.”⁴

A necessidade de excussão judicial do bem hipotecado – e consequente utilização das modalidades de alienação judicial previstas no Código de Processo Civil – decorre da exegese do art. 1.422 do CC/2002 e também, em última análise da garantia de impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal, nos termos do art. 5.º, LIV, da CF/1988.⁵

Nada obstante, insta frisar – muito embora não seja esse o escopo deste ensaio e sequer há pretensão de adentrar e aprofundar no tema – que o Dec.-

2. CAMBLER, Everaldo Augusto. Da remição do imóvel hipotecado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 522.

3. “Art. 1.422: O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.”

4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 330.

5. “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

lei 70/1966 instituiu regime de execução extrajudicial de dívidas hipotecárias no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Em suma, referido Decreto-Lei estabeleceu a possibilidade de venda de imóvel hipotecado no âmbito do SFH sem a necessidade de prévio procedimento judicial. Doutrina e jurisprudência debateram por muito tempo a constitucionalidade de tal mecanismo de execução extrajudicial, haja vista a possibilidade de excussão patrimonial sem a participação do Poder Judiciário.⁶ Contudo, o STF acabou por ratificar a constitucionalidade do Dec.-lei 70/1966, haja vista a existência de controle judicial *a posteriori* e também a possibilidade de utilização da via judicial para reprimir as ilegalidades eventualmente cometidas na execução da dívida hipotecária.⁷ No mesmo sentido, a Lei 9.514/1997, que disciplinou a alienação fiduciária de bens imóveis, permitiu a excussão extrajudicial do imóvel, conforme expresso no art. 27 do citado diploma.⁸

Ademais, a necessidade de excussão judicial do bem hipotecado – frise-se, no regime do Código Civil – também decorre, em larga medida, da vedação ao pacto comissório prevista no *caput* do art. 1.428 do diploma civilista.⁹ Nas palavras de Silvio Rodrigues: “Pacto comissório é a convenção acessória, autorizando o credor de dívida garantida por penhor, anticrese ou hipoteca, a ficar com a coisa dada em garantia, se a prestação não for cumprida no vencimento.”¹⁰ Justifica-se a vedação pela probabilidade de se verificar posição jurídica extremamente desfavorável ao devedor que, via de regra, perderia o bem objeto de garantia imediatamente no caso de simples mora ou mesmo inadimplemento da obrigação por valor inferior ao de mercado.

É importante frisar que o sobredito art. 1.428 do CC/2002 comina de nulidade a estipulação do pacto comissório. Portanto, muito embora a cláusula, por si

6. Para uma análise dos argumentos favoráveis e contrários ao sistema previsto no Dec.-lei 70/1966: VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. A execução extrajudicial de dívida hipotecária. *Revista Síntese de Direito Imobiliário* 5/27-52.

7. STF, RE 223.075/DF, 1.^a T., j. 23.06.1998, rel. Min. Ilmar Galvão; STF, AgIn 678.256/SP, 2.^a T., j. 02.03.2010, rel. Min. Cezar Peluso.

8. “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7.^o do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.”

9. “Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”

10. 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, p. 346.

só, não invalide a garantia, a eventual entrega do bem hipotecado ao credor hipotecário por vontade das partes é absolutamente inválida e inoperante, dada natureza cogente e ordem pública da vedação legal.

Contudo – e é exatamente nesta exceção que se desenvolve a análise deste trabalho – o parágrafo único do mesmo dispositivo legal estabelece a possibilidade de dação em pagamento do bem dado em garantia após o vencimento da dívida.¹¹ Ressalte-se, porém, que o momento do consentimento quanto à dação é essencial para verificação de sua validade. Isso porque, o consentimento contemporâneo à outorga da garantia, ou mesmo a promessa de dação realizada de forma contemporânea à criação da garantia, ofende a vedação contida no caput do mencionado artigo. Portanto, admite-se a dação em pagamento do bem objeto da garantia somente após (a) a outorga da garantia real e (b) vencimento da dívida.¹²

De outra banda, conforme mencionado, é característica do direito real de garantia a preferência gerada ao seu titular para recebimento do crédito. Essa preferência decorre da vinculação do bem ao adimplemento da obrigação. Conforme preleciona Carlos Alberto Garbi citando Serpa Lopes, a preferência, projetada em ordem especial, representa a superioridade que serve ao direito real de garantia para assegurar ao credor vantagem na satisfação de seu crédito por meio da excussão ou adjudicação do bem onerado, obrigando os demais credores ao rateio da sobra.¹³

Portanto, é indiscutível, inclusive diante da expressa dicção do art. 1.422 do CC/2002, que o credor hipotecário assume posição privilegiada e tem o direito de receber seu crédito em momento anterior aos demais credores não titulares de garantias reais ou, ainda, dos credores titulares de garantias reais inferiores em termos de gradação. Naturalmente, a preferência legal gerada pela hipoteca cinge-se ao valor do bem hipotecado, de forma que eventual saldo devedor existente após a excussão do bem e pagamento ao credor hipotecário não gozará de qualquer preferência advinda da hipoteca executada.

11. “Art. 1.428. (...)”

Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.”

12. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., p. 1344.

13. GARBI, Carlos Alberto. As características dos direitos reais imobiliários no Código Civil: publicidade, oponibilidade *erga omnes*, tipicidade, seqüela e direito de preferência. In: GUERRA, Alexandre e BENNACHIO, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 65.

Ressalte-se, inclusive, que, mesmo na hipótese de penhora do bem hipotecado por outro credor que tenha promovido demanda judicial contra o devedor, o credor hipotecário prefere o credor titular da penhora. A preferência gerada pela hipoteca implica no direcionamento do produto da praça para o credor hipotecário. Somente depois de satisfeito crédito garantido pela hipoteca, o que sobejar do produto da alienação será entregue ao credor que promoveu a execução. Nesse sentido, o Código de Processo Civil, em seus arts. 615, II, 619 e 698¹⁴ estabelecem, respectivamente, na hipótese de execução judicial, (a) a obrigação de o exequente cientificar o credor hipotecário sobre a execução; (b) a ineficácia da alienação judicial em relação ao credor hipotecário que não tiver sido intimado sobre a praça do bem e (c) a impossibilidade de adjudicação ou alienação do bem penhorado sem a prévia intimação do credor hipotecário.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do STJ:

“Civil. Crédito hipotecário. Preferência. O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido.”¹⁵

“Direito civil. Credor hipotecário. Preferência. Penhora do bem hipotecado por credor diferente. Arrematação. Preferência reconhecida ao credor hipotecário. Recurso provido.

I – Na linha da jurisprudência desta Corte, a preferência do credor hipotecário independe de sua iniciativa na execução ou na penhora.

14. “Art. 615. Cumpre ainda ao credor:

I – indicar a espécie de execução que prefere, quando por mais de um modo pode ser efetuada;

II – requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto;

(...)

Art. 619. A alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.”

“Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução. (Redação dada pela Lei 11.382/2006).”

15. REsp 159.930/SP, 3.^a T., j. 06.03.2003, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16.06.2003, p. 332.

II – A arrematação de imóvel gravado de hipoteca garante ao credor hipotecário a preferência no recebimento de seu crédito em relação ao exequente.¹⁶

Nesse contexto, a possibilidade de dação em pagamento do bem objeto da garantia real (art. 1.428, parágrafo único, CC/2002) aliada à necessária vinculação do bem à solução da prestação e consequente preferência do credor titular de garantia real em relação a demais credores encerram elementos essenciais para análise que será levada a efeito neste trabalho.”

3. A DAÇÃO EM PAGAMENTO E A EXTINÇÃO DA DÍVIDA GARANTIDA PELA HIPOTECA

A dação em pagamento está inserida em capítulo próprio do título do adimplemento e extinção das obrigações do Código Civil. Cuida-se, portanto, de modalidade de extinção da obrigação. Seu regime jurídico está disciplinado nos arts. 356 a 359 do CC/2002.¹⁷

Conforme ensina Renan Lotufo: “No âmbito da dação em pagamento, estamos diante de uma forma de extinção das obrigações que se dá mediante negócio jurídico entre as partes, pela qual a prestação originalmente devida é substituída por outra”.¹⁸

Essa substituição que trata o autor decorre do próprio texto legal, porquanto a dação em pagamento representa, também, a aceitação do credor em receber prestação diversa daquela pactuada. Por tal razão, a dação em pagamento constitui negócio jurídico bilateral.

No entanto, conforme adverte Mariana Pazianotto Deperon, citando Carvalho dos Santos: “A substituição, em se tratando da dação em pagamento,

16. REsp 162.464/SP, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001, DJ 11.06.2001, p. 22.

17. “Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.”
“Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.”

“Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.”

“Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.”

18. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2, p. 330.

não se refere à dívida, porque se assim fosse estaríamos diante de novação e não do instituto da dação, e sim com relação ao objeto do pagamento.”¹⁹

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro conceitua a dação em pagamento como “um acordo convencional entre credor e devedor, por via do qual aquiesce o primeiro em receber do segundo, para desobrigá-lo de uma dívida, objeto diferente do que constituía a obrigação.”²⁰

Em se tratando de dação em pagamento, é imperioso que as partes estabeleçam o preço de coisa dada em pagamento. Caso contrário, a mera dação, independentemente do valor do bem, será negócio jurídico suficiente a ensejar a quitação e liberação do devedor quanto ao vínculo obrigacional. A cobrança de eventual saldo devedor somente será autorizada caso expressamente ajustada pelas partes, conforme se depreende da interpretação do art. 357 do CC/2002.

Ressalte-se aqui, a existência de discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da dação em pagamento. Diversas são as tentativas de definir a natureza jurídica de tal figura, passando-se pela novação, compra e venda, natureza jurídica ou mesmo de figura autônoma.²¹ Contudo, não é escopo deste trabalho analisar com profundidade a figura da dação em pagamento, de forma que tal discussão não será explorada. Para os fins aqui perseguidos, basta a aproximação da noção essencial de dação em pagamento, sendo mais relevante a sua relação com a hipoteca e fraude à execução.

No âmbito da hipoteca, conforme já mencionado, a dação em pagamento do bem dado em garantia é expressamente autorizada pelo parágrafo único do art. 1.428 do CC/2002.

Portanto, a estipulação de dação em pagamento do bem dado em garantia hipotecária para a solução da obrigação garantida não esbarra na vedação imposta ao pacto comissório plasmada no caput de sobredito artigo, desde que (a) a obrigação esteja vencida e (b) o consentimento das partes quando à dação em pagamento seja realizada em momento posterior à constituição da garantia.

Nessa hipótese, então, a dívida garantida é extinta mediante o consentimento mútuo de credor e devedor hipotecário sobre a entrega do bem dado em garantia ao credor com a consequente transferência da propriedade.

19. DEPERON, Mariana Pazianotto. Dação em pagamento. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 444-445.

20. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 1ª parte. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228.

21. DEPERON, Mariana Pazianotto. *Op. cit.*, p. 448.

4. DELINEAMENTOS SOBRE A FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução é instituto processual disciplinado no art. 593 do CPC.²² Muito embora guarde elementos de convergência com a fraude contra credores, com ela não se confunde, visto esta última constituir defeito do negócio jurídico passível de causar sua anulabilidade.

Nada obstante, conforme leciona Yussef Said Cahali, há semelhanças ontológicas entre as figuras, de modo que o “instituto da fraude à execução constitui uma especialização da fraude contra credores”.²³

Nos termos do dispositivo legal, considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens nas seguintes hipóteses: (a) na pendência de ação fundada em direito real sobre os bens alienados ou onerados; (b) quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência e (c) nos casos previstos em Lei.

Em uma primeira análise, a fraude à execução, diversamente da fraude contra credores, não exigiria qualquer valoração sobre a intenção das partes contratantes para sua caracterização. Bastaria a subsunção objetiva da situação fática às hipóteses legais para se considerar fraudulento o ato de disposição de patrimônio pelo devedor.

Inclusive, há precedentes do STF nos quais foi dispensada qualquer análise sobre a má-fé do adquirente do bem para se caracterizar a fraude à execução. Tais julgados são anteriores à Constituição de 1988, em época em que a competência da Corte Suprema não se limitava à guarda da Constituição Federal.²⁴⁻²⁵

22. “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.”

23. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 62.

24. Fraude a execução (art. 895, i, do antigo CPC). dispensa de indagação da má fé do adquirente. divergência não caracterizada. embargos não conhecidos. (STF, Embargos no RE 76.709/SP, Pleno, j. 19.04.1974, rel. Min. Xavier de Albuquerque).

25. Fraude a execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude, basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o a insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado.

A questão não foi sempre pacífica, ainda mais à luz da proteção jurídica do adquirente de boa-fé. Passou-se a vislumbrar que o terceiro adquirente, caso não tivesse agido em concílio fraudulento com o adquirente, não poderia ver o patrimônio adquirido sujeito à execução de débitos pretéritos do alienante. Ou, ao menos, sua responsabilidade deveria estar relacionada à assunção do risco de adquirir o bem mesmo tendo ciência da existência de demandas judiciais propostas em face do alienante do bem.

No campo imobiliário, o debate acirrou-se com a reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 8.953/1994. Referida Lei, dentre outras disposições, incluiu no Estatuto de Ritos o art. 659, § 4.º, o qual disciplinou a exigência de inscrição, no Cartório de Registro de Imóveis, da penhora sobre bens imóveis.²⁶ Posteriormente, a Lei 10.444/2002 alterou o dispositivo, que passou a estabelecer que “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.”

Assim, estabeleceu-se de forma incontroversa que a averbação da penhora no registro imobiliário acarretaria eficácia *erga omnes* da constrição e, por consequência, a publicidade em relação a terceiros. Efetivamente, a alteração, nessa seara, sequer seria necessária, visto ser da essência do registro imobiliário a publicidade dos atos a ele submetidos.

Recentemente, a Lei 11.382/2006 modificou novamente o dispositivo.²⁷ Contudo, “O § 4.º do art. 659 foi alterado apenas para substituir a referência ao art. 669, revogado pela Lei 11.382/2006, pelo art. 652, § 4.º, que trata da

recurso conhecido e provido (STF, RE 108911/RS, 2.ª T., rel. Min. Carlos Madeira, j. 30.06.1986).

26. Na redação original: “Art. 652. (...) § 4.º: A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”. (Incluído pela Lei 8.953, de 13.12.1994).
27. Redação atual: “Art. 652. (...) § 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial”. (Redação dada pela Lei 11.382/ 2006).

intimação do executado, a fim de que se lhe dê ciência da realização da penhora. Nada se alterou, neste ponto, quanto à averbação do penhora e seus efeitos”.²⁸

Por força de tais reformas, Douglas Augusto dos Santos pondera, com precisão, que “Desde então, com a presunção absoluta e efeito *erga omnes* da penhora registrada, ficou mais evidente a necessidade de comprovação da ciência do adquirente, nos casos em que não há registro da penhora, para o reconhecimento de fraude à execução (...)”.²⁹

Diante da controvérsia, a Corte Especial do STJ, em 18.03.2009, editou a Súmula 375, nos seguintes termos: “O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro”.

Muito embora a redação da Súmula possa levar a uma primeira interpretação no sentido de que a má-fé deveria ser interpretada como concílio fraudulento, é assente o entendimento de que, para fins de aplicação do art. 593, II, do CPC, é suficiente a demonstração de que o adquirente do bem tinha conhecimento, ou ao menos teria como ter o conhecimento, da existência de demanda.

O próprio STJ ratificou, em julgado posterior à edição da Súmula, que “A caracterização da fraude à execução pode se dar de duas formas, quando apesar de registrada a penhora ocorre a alienação, ou quando se comprova ter o adquirente conhecimento das ações em trâmite contra o vendedor, suficientes a reduzi-lo à insolvência.”³⁰

Assim, o que se vê é que, da interpretação da legislação processual realizada pela jurisprudência, especialmente a do STJ, pode-se dizer que, como regra geral, reconhece-se a fraude execução com o registro da penhora do bem ou mediante a comprovação de que o adquirente tinha ou deveria ter tido conhecimento da demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência.

Duas outras questões de relevo envolvem a caracterização da fraude à execução: a primeira, sobre a natureza da demanda ajuizada contra o alienante que possa levar à caracterização da fraude à execução. É cediço o entendimento de que, para fins de aplicação do art. 593, II, do CPC, tanto a demanda executiva

28. WAMBIER, Luiz Rodrigues, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3: *Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/06, 11.441/2007 e 11.448/2007*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 131.

29. SANTOS, Douglas Augusto do. Fraude contra credores e à execução nas alienações imobiliárias. In: GUERRA, Alexandre e BENNACHIO, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1053.

30. REsp 1112143/RJ, 4.^a T., j. 20.10.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 09.11.2009.

como a de conhecimento se prestam ao reconhecimento da situação de fraude.³¹ A segunda, sobre o momento em que tal demanda pode levar à caracterização da fraude à execução. A jurisprudência do STJ ratificou o entendimento de que é apenas com a citação que o alienante tem ciência da pretensão voltada contra si e, portanto, da impossibilidade de alienar seus bens.³² Naturalmente, se nem mesmo o alienante estava ciente da impossibilidade de alienação de seus bens, com maioria de razão, não se poderia, em tese, alegar que o terceiro tinha ou deveria ter conhecimento desse obstáculo.

No tocante à consequência do reconhecimento da fraude à execução, o art. 592, V, do CPC, estabelece que os bens alienados ou gravados em fraude à execução ficam sujeitos à execução.

Portanto, diversamente do que se verifica no campo da fraude contra credores – na qual a consequência legal é a anulação do negócio fraudulento e retorno ao *status quo ante* –, a fraude à execução acarreta a ineficácia da alienação ou oneração perante o credor do alienante, o qual poderá sujeitar o bem alienado ou onerado à execução.

Assim, “Não se cuida, como se vê, de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraude credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito”.³³

Nesse contexto, o STJ, em recente julgado, decidiu que “A decisão que declara a fraude não afeta, por si só, o bem à execução, ela apenas declara a ineficácia do negócio jurídico em relação ao exequente, possibilitando que esse bem seja posteriormente penhorado. Contudo, a responsabilidade patrimonial do executado continua a ser genérica”.³⁴ O julgado é cristalino ao estabelecer que a declaração de fraude à execução não acarreta a transferência da responsabilidade patrimonial.

31. REsp 602.257/SP, 3.^a T., j. 03.03.2005, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.05.2005, p. 343.

32. REsp 862.123/AL, 3.^a T., j. 07.05.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.06.2007, p. 351

33. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 187.

34. REsp 1254320/SP, 3.^a T., j. 06.12.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.12.2011.

Exatamente por tal razão, a fraude à execução deve ser requerida nos próprios autos da demanda movida pelo credor contra o alienante, dispensando o manejo de ação autônoma.

Por simples decisão, o Juiz pode reconhecer e decretar a fraude à execução, determinando, por consequência, medidas constritivas e expropriatórias sobre o bem objeto do reconhecimento da fraude.

Ao terceiro adquirente que queira afastar tais medidas é facultado o manejo de Embargos de Terceiro, consoante previsto nos arts. 1.046 e ss do CPC no quais poderá demonstrar a inexistência de fraude à execução e o merecimento à proteção jurídica do terceiro de boa-fé.

5. ANÁLISE

Neste tópico, buscar-se-á a harmonização das figuras acima apontadas a fim de se verificar a eventual ocorrência de fraude à execução nas hipóteses de dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário para quitação da dívida garantida na pendência de demanda judicial ajuizada contra o devedor.

Para tanto, além das características da hipoteca, serão levados em consideração outros importantes elementos, como o momento de constituição da garantia, a existência de registro de penhora sobre o bem ou prova de má-fé na operação de dação em pagamento e, ainda, a situação jurídica do credor hipotecário em cenário falimentar.

Por derradeiro, optou-se por comentar acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça, que demonstram a inexistência de pacificação sobre o entendimento do tema, talvez muito pela casuística que lhe é peculiar.

5.1 *Hipoteca anterior à citação*

Importante fator para a análise da fraude à execução na hipótese aqui ventilada é o momento da constituição da garantia hipotecária.

Isso porque, pelo fato de se tratar de direito real, constituído mediante o registro, a hipoteca é dotada de publicidade que lhe permite o efeito erga omnes. Portanto, se a garantia é criada antes do ajuizamento das demandas judiciais pelos outros credores, tais outros credores teriam, ou ao menos poderiam ter, plena e prévia ciência de que o bem hipotecado estaria necessariamente vinculado ao adimplemento da obrigação garantia.

A anterioridade da constituição de garantia é relevante porque é fundamento para afastar a ocorrência de fraude à execução na operação de dação em pagamento, ainda que a dação em pagamento tenha ocorrido quando pendente contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a estado de insolvência.

Nesse caso, é possível dizer, com a devida vênia ao entendimento contrário, que a preferência legal estatuída pelo art. 1.422 do CC/2002 afasta a aplicação do art. 593, II, do CPC.

Sem prejuízo da interpretação jurisprudencial do dispositivo constitucional sobre necessidade de registro de penhora ou comprovação de má-fé do adquirente para reconhecimento da fraude à execução, pondera-se que os privilégios materiais concedidos pela Lei Civil prevalecem na hipótese de constituição anterior da hipotecado.

Corroborando a legalidade da dação de pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário na pendência de demandas judiciais ajuizadas contra o devedor a possibilidade de ciência prévia dos outros credores sobre a garantia e, portanto, sobre a vinculação do bem à solução da obrigação garantida. Em outras palavras, os demais credores do devedor, ao tempo em que ajuizaram suas demandas, tinham – ou reiterem, teriam condições de ter – conhecimento de que o patrimônio onerado pela hipoteca sujeitar-se-ia à execução do crédito somente após o pagamento do credor hipotecário. Portanto, chegaria a ser incoerente o reconhecimento de fraude à execução na hipótese versada.

Inclusive, conforme será verificado no tópico abaixo, a anterioridade da garantia é elemento preponderante nos julgados em que se reconheceu inexistir fraude à execução na hipótese ora estudada. Inclusive, porque, em se tratando de dívida garantida por direito real, a dação nada mais representa do que a aceleração da transferência do patrimônio do devedor para o credor, o que seria realizado pelo procedimento de excussão judicial, no qual, por força do art. 1.422 do CC/2002, o credor hipotecário preferiria aos demais credores.

Assim, em termos gerais, a constituição de hipoteca em momento anterior à propositura de demandas contra o alienante é elemento a afastar a caracterização de fraude à execução na hipótese da dação em pagamento prevista no art. 1.428, parágrafo único, do CC/2002.

Parênteses, aqui, para esclarecer que se fala em propositura e não citação porque se analisa a questão sob a ótica do credor autor da ação e não sob a ótica do devedor. Isso porque, incumbe ao credor diligente, antes de ajuizar sua demanda, analisar a situação patrimonial do devedor. E, em tal análise, ao verificar a existência de bens imóveis do devedor, terá ciência da existência da hipoteca e, por consequência, das características da dívida garantida.

5.2 Hipoteca posterior à citação

Tratamento distinto, contudo, deve ser dispensado à situação em que a constituição da garantia hipotecária tenha ocorrido em momento posterior à

citação do devedor para demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, tenha a demanda natureza executiva ou de conhecimento.

A constituição de garantia hipotecária nessa hipótese parece ofender a literalidade do art. 593, II, do CPC.

No tocante à aplicabilidade da Súmula 375 do STJ, pondera-se que, dada a necessidade de celebração da hipoteca por instrumento público, o pretense credor hipotecário, por força do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985,³⁵ teria plenas condições de cientificar-se sobre eventual penhora registrada na matrícula do imóvel ou mesmo sobre a existência de demandas judiciais aviadas contra o hipotecante capaz de reduzi-lo à insolvência.

Portanto, seja por força da aplicação direta e literal do art. 593, II, do CPC, seja por força da interpretação consolidada na Súmula 375 do STJ, é forçoso concluir que a própria constituição de hipoteca em momento posterior à citação do hipotecante para demanda capaz de reduzi-lo à insolvência é ato realizado em fraude à execução. De modo que será igualmente ineficaz a posterior dação em pagamento ajustada na forma do parágrafo único do art. 1.428 do CC/2002.

5.3 Registro de penhora e má-fé

Conforme apontado no tópico específico sobre a fraude à execução, confere-se significativa relevância ao registro da penhora em relação ao reconhecimento da fraude à execução.

No entanto, a Súmula 375 do STJ deve ser interpretada em sua totalidade. O registro da penhora é um dos elementos que autorizam o reconhecimento de fraude à execução. Porém, não o único. A prova da má-fé do terceiro igualmente admite o reconhecimento da fraude à execução, independentemente de registro de penhora do bem.

Além da Súmula 375 do STJ, o art. 240 da Lei 6.015/1977³⁶ estabelece que o registro de penhora faz prova de fraude de toda e qualquer operação posterior.

35. “Art 1.º Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

(...)

§ 2.º O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.”

36. “Art. 240. O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”. (Renumerado do art. 245 com nova redação pela Lei 6.216/1975).

Assim, em uma primeira análise, caso o bem hipotecado seja objeto de penhora, a dação em pagamento ao credor hipotecário realizada após o registro da constrição judicial seria considerada em fraude à execução e, portanto, ineficaz em relação ao credor titular de penhora, o qual estaria autorizado a prosseguir com os atos expropriatórios sobre o bem penhorado.

Ressalte-se que, nessa hipótese, no momento da celebração da dação em pagamento, o credor hipotecário estaria plenamente ciente da constrição judicial que recai sobre o imóvel. O ato por ele praticado, de receber o bem hipotecado como pagamento de dívida, é notoriamente prejudicial ao credor titular da penhora, que veria seu direito absolutamente frustrado, ainda que seu direito restrinja-se ao que sobejar do produto da excussão do bem.

Nesse contexto, insta frisar que, ainda que penhorado o imóvel, o credor hipotecário não perde sua preferência estatuída no art. 1.422 do CC/2002. Na hipótese de expropriação do bem em hasta pública ou mesmo por iniciativa particular, o direito do credor hipotecário é garantido e a ele (credor hipotecário) deve ser entregue o produto da alienação, para, somente após satisfeito seu crédito, até o limite do valor da garantia, o restante ser entregue ao credor titular da penhora.

Aliás, exatamente por tal razão é que se autoriza o reconhecimento de fraude à execução na hipótese em que a dação em pagamento é realizada após a penhora. Muito embora o credor hipotecário prefira ao credor titular de penhora, é inegável que o credor titular de penhora tem o direito de promover a expropriação do bem para se aproveitar do produto da venda que sobejar. Uma vez registrada a penhora, esse direito não lhe pode ser negado simplesmente pelos privilégios legais concedidos ao credor hipotecário. Até porque, o art. 612 do CPC³⁷ também confere ao credor titular da penhora preferência sobre os bens penhorados, embora não suficiente para barrar o privilégio do legítimo credor hipotecário. É razoável, portanto, que as preferências convivam na medida do possível e, dentre elas, prestigie-se aquela prevista na legislação civil.

No tocante à má-fé, entendida como conluio fraudulento entre credor e devedor hipotecário, caso haja prova idônea e suficiente as partes ajustaram a dação em pagamento para prejudicar terceiros, em especial credores do devedor, a operação deve ser considerada ineficaz.

37. “Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

A despeito da solução concedida pela Súmula 375 do STJ, a principiologia axiológica do ordenamento jurídico não tolera a prática de atos tendentes a prejudicar terceiros, de forma que, ainda que ausente o entendimento de jurisprudência, a prova da má-fé conduziria à ineficácia do negócio jurídico.

Vigora, a esse respeito, a regra geral do processo civil, a permitir a prova da má-fé por quaisquer meios lícitos, desde que de fato constituam prova do elemento subjetivo posto em questão.

Não obstante, pondera-se aqui entendimento diverso no tocante à má-fé, quando entendida como mera ciência da existência de demandas ajuizadas contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência.

Isso porque, entendimento simplista sobre a questão levaria à necessária conclusão de que toda e qualquer operação de dação em pagamento realizada quando pendentes demandas ajuizadas contra o devedor hipotecário seria realizada em fraude à execução.

Ausente o registro da penhora, deve ser verificado o momento no qual a garantia foi constituída, conforme explanado nos itens anteriores. Caso seja verificado que a hipoteca foi constituída anteriormente a tais demandas, é de ser afastado o reconhecimento de fraude à execução, já que, desde antes do ajuizamento das demandas, o credor hipotecário já era titular da preferência conferida pela Lei Civil, ao passo que os outros credores, quando do manejo de suas ações, tinham ou deveriam ter ciência da vinculação do patrimônio gravado à solução da dívida assumida pelo devedor perante o credor hipotecário.

Nesse sentido, tais credores sequer seriam titulares da preferência legal prevista pelo art. 612 do CPC. O direito de tais credores sucumbe aos privilégios concedidos pela legislação civil ao credor hipotecário, de modo que o mero fato de terem ajuizado ações contra o devedor não torna ineficaz a posterior dação em pagamento realizada na forma do art. 1.428, parágrafo único, do CC/2002.

Até porque, conforme será mencionado no tópico imediatamente abaixo, mesmo em cenário de concurso formal de credores subsistiria a preferência legal do credor hipotecário, que receberia seu crédito anteriormente aos demais credores, afastando-se, assim, o reconhecimento da fraude à execução na hipótese.

5.4 *Cenário da falência*

Além da vinculação do bem hipotecado à solução da dívida, é importante pontuar que ao credor hipotecário, por força de a garantia, é concedida posição preferencial em caso de falência ou recuperação judicial de sociedade empresária.

Nos termos do art. 83 da Lei 11.101/2005,³⁸ o crédito garantido por hipoteca prefere aos créditos tributários, privilegiados, quirografários, às multas contratuais e penas pecuniárias e subordinados.

Apenas os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados ao montante de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos preferem aos créditos aos quais esteja associada uma garantia real em cenário de falência. Na

38. “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1.º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2.º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3.º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4.º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.”

Recuperação Judicial, aplica-se a mesma ordem, com exceção dos créditos tributários, excluídos da Recuperação Judicial por força do art. 6.º, § 7.º, da sobredita Lei.³⁹

A vinculação voluntária de determinado bem à solução de uma dada dívida faz com que no cenário de falência e/ou recuperação judicial o produto da alienação de tal ativo seja destinado, prioritariamente, ao pagamento dos credores vinculados a tal ativo, respeitada a preferência do crédito trabalhista ou equiparado.⁴⁰

A relação entre o cenário falimentar e a dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário na pendência de demandas judiciais aviadas contra o devedor é relevante. Isso porque, a posição privilegiada do credor hipotecário no cenário falimentar é argumento que milita contra a caracterização da fraude à execução na hipótese ora estudada, desde que a hipoteca seja anterior a tais demandas e ausente registro de penhora.

Em síntese, uma vez que, mesmo em um cenário extremo de insolvência do devedor, o credor hipotecário receberia seu crédito anteriormente aos demais credores, com exceção dos trabalhistas, é de se ponderar que o simples fato de, em um cenário de coexistência de dívidas e ações judiciais contra o devedor, o credor hipotecário tenha a mesma preferência para receber seu crédito por meio da operação de dação em pagamento. Na realidade, nesta hipótese, o ato de alienação – dação em pagamento – apenas representaria uma antecipação da transferência do patrimônio do devedor ao credor, já que suprimida a excussão judicial do bem, conforme já mencionado.

39. “Art. 6.º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
(...)”

§ 7.º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.”

40. Conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho: “Na hipótese do credor com garantia real, o produto da venda do bem onerado (hipotecado, empenhado, caucionado etc.) é destinado prioritariamente ao pagamento do crédito garantido em decorrência do ato de vontade das partes. Foram os sujeitos da obrigação que concordam em instituir a garantia real que vincula o produto da venda do bem onerado à satisfação do crédito garantido. (...) Assim, sendo, o bem sobre o qual recai a garantia será vendido pelo juiz falimentar e o seu produto destinado prioritariamente à satisfação do crédito a que estava vinculado”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 220.

Portanto, dado que a preferência do credor hipotecário para recebimento de seu crédito prevalece em âmbito concursal, notoriamente mais gravoso que a simples pendência de demanda contra o devedor, por mais este argumento a dação em pagamento de bem hipotecado ao credor hipotecário quando da pendência de demanda judicial contra o devedor deve ser considerada legítima, não podendo constituir hipótese de fraude à execução prevista no art. 593 do CPC.

5.5 *Experiência da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*

A jurisprudência do TJSP não é pacífica sobre o tema ora analisado. Há julgados atestando a inexistência de fraude à execução em operações de dação em pagamento realizadas a credores hipotecários, ainda que existentes demandas propostas contra o devedor ou, ainda, registro de penhora do bem objeto da hipoteca.

Por outro lado, há também julgados que ratificam que a vinculação do bem à satisfação da dívida acarretada pela hipoteca não é suficiente para afastar as disposições processuais relativas à fraude à execução, de modo que a dação em pagamento de bem hipotecado ao próprio credor hipotecário realizada na pendência de demandas executivas contra o devedor poderia configurar fraude à execução e, por consequência, levar à ineficácia do negócio jurídico.

Sobre a primeira corrente, extrai-se o seguinte precedente:

“Embargos de terceiro – Fraude à execução – Ausência – Cerceamento de defesa inexistente – Embargante que sub-rogou nos direitos do credor hipotecário – Penhora posterior que não tem mo condão de abalar o direito real da hipoteca.”⁴¹

Cuidou-se de apelação interposta em Embargos de Terceiro, acolhidos para deconstituir penhora realizada em imóvel adquirido pelo Embargante a título de dação em pagamento celebrada para solver dívida garantida pelo próprio imóvel. O Embargado, dentre outros argumentos, sustentou a ocorrência de fraude de execução em razão de penhora realizada.

Ao analisar o apelo, o relator, ratificando os termos da sentença, ponderou que “Como já exaustivamente esclarecido, o fato é que o Embargante era titular de direito real de garantia e, assim sendo, pouco importa a penhora precedida na ação de execução promovida pelo embargado, pois neste caso o que pesa

41. TJSP, ApCiv 7.241.473-0, 21.^a Câm. de Direito Privado, j. 17.09.2008, rel. Des. Souza Lopes.

é o direito real de garantia, direito que é válido *erga omnes* e vincula o bem à satisfação da dívida”.

Prossegue, ainda, ratificando que “O Embargante, embora possa até ser considerado parente dos executados, na realidade se sub-rogou no direito que o Banespa possuía, direitos estes de credor hipotecário e, por isso, a penhora realizada posteriormente pelo apelante não tem o condão de derrubar o direito real hipotecário adquirido pelo embargante. Diante disso, não há que se cogitar de cerceamento de defesa, como também não prospera a pretensão de nulidade da dação em pagamento.”

A despeito da referência à nulidade da dação em pagamento – na realidade, o reconhecimento da fraude de execução acarretaria a ineficácia da dação em pagamento perante o credor –, fato é o que o julgado funda-se, em essência, no reconhecimento da preferência do direito real de garantia face à investidas posteriores de credores, dada a natureza da própria garantia.

Corroborando esse entendimento, recentemente a 5.^a Câ. de Direito Privado proferiu o acórdão assim ementado:

“Embargos de Terceiro – Penhora – Imóvel transferido ao credor hipotecário por meio de dação em pagamento – Hipoteca que foi constituída antes do ajuizamento da ação que originou o título que resultou na constrição do bem – Fraude à execução não configurada – Embargos acolhidos – Sentença mantida – Recurso não provido.”⁴²

Assim como no exemplo anterior, cuidava-se de Embargos de Terceiro em que o Embargante, na qualidade de credor hipotecário, pleiteou a desconstituição da penhora decretada sobre o imóvel por força de demanda executiva voltada contra o devedor hipotecário. Segundo o consta do acórdão, a dação em pagamento fora realizada após a citação na ação de execução, muito embora a obrigação garantida pela hipoteca tenha sido constituída anteriormente à propositura de demanda.

Por tal razão, entendeu a 5.^a Câ. de Direito Privado que a dação em pagamento não representou fraude à execução, porquanto apenas representou forma de extinção da obrigação garantida:

“Passando à análise do mérito, cabe observar que a dação em pagamento efetuada em 16.06.2002 não caracterizou fraude à execução, na medida em que não se trata de mera alienação do bem, mas de forma de extinção de uma

42. TJSP, ApCiv 0112917-60-2003-8-26-000, 5.^a Câ. de Direito Privado, j. 16.11.2011, rel. Des. Erickson Gavazza Marques.

obrigação que, no caso, era anterior ao próprio ajuizamento da ação de rescisão contratual por parte dos ora embargados, sendo que o imóvel já estava gravado com a hipoteca em favor do ora embargante.

Em outras palavras, a dação em pagamento questionada pelos embargados-apelantes foi realizada em razão da garantia hipotecária que já havia sido conferida ao recorrido muito antes da penhora do bem, o que desautoriza o reconhecimento da alegada fraude à execução, já que os exequentes, em razão de hipoteca anterior, apenas obteriam o valor para satisfazer seu crédito depois de quitado o débito da executada com o recorrido.

O fato de o embargante ter aceitado receber aquilo que lhe era devido por meio de dação em pagamento de imóvel do qual já era credor hipotecário, apenas acelerou o processo de transferência do bem ao seu patrimônio, não prejudicando direito dos recorrentes, que, de qualquer forma, teria que aguardar a quitação dos valores relativos ao contrato de mútuo para somente então receber eventual quantia que sobrasse de tal venda.”

Ressalte-se, ainda, que a precedência da hipoteca igualmente foi fator preponderante para a solução da controvérsia, o que, conforme já mencionado, parece plenamente adequado, uma vez que a garantia hipotecária, oponível *erga omnes*, poderia ser de plena ciência dos credores futuros, visto que registrada na matrícula do imóvel gravado, de forma que tais credores teriam a ciência da vinculação do bem à solução do débito.

Na esteira da precedência da hipoteca como fator relevante para a análise da fraude à execução na dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário, a 23.^a Câm. de Direito Privado assim decidiu:

“Embargos de terceiro –Fraude à execução – Comprovação de que os embargantes eram credores hipotecários dos executados muito antes da citação e que a dação em pagamento do Imóvel em disputa foi efetivada em acordo firmado na execução por eles proposta – Citação do executado na ação proposta pelo ora embargado apelante que não atingiu os terceiros, que não faziam parte dessa relação processual – Caracterização dos embargantes como terceiros de boa-fé. Recurso desprovido.”⁴³

Em julgados mais recentes, o TJSP aplicou a orientação no sentido da necessidade do registro da penhora para caracterização de fraude à execução, na esteira do entendimento consolidado na Súmula 375 do STJ:

“Embargos de terceiro – Alegação de fraude à execução a dação em pagamento, porque já em curso processo de execução – Adquirentes são terceiros de boa-fé

43. TJSP, ApCiv 1.012.921-6, j. 04.06.2006, rel. p/ acórdão Des. Rizzato Nunes.

– Constrição não levada a registro no Cartório de Imóveis para conhecimento de terceiros – Não elidida a boa-fé dos adquirentes – Sucumbência devida – Terceiros que tiveram que ingressar com ação para afastar o gravame – Princípio da causalidade – Recurso de Apelação não provido.”⁴⁴

“Fraude à execução – Pretensão de declarar ineficaz a dação em pagamento firmada pelo coexecutado – Inadmissibilidade – É insuficiente a ocorrência de citação válida do devedor em demanda capaz de reduzi-lo à insolvência – necessidade de registro da penhora ou demonstração pelo credor que de que o terceiro agiu em *consilium fraudis* com o devedor – Requisitos ausentes na hipótese dos autos – Não configuração de fraude à execução – Recurso provido.”⁴⁵

No entanto, conforme mencionado, o entendimento acima esposado não é unânime no âmbito do TJSP. Há julgados nos quais se decidiu que a dação em pagamento por devedor a credor hipotecário na pendência de demanda capaz de reduzir o primeiro à insolvência seria causa suficiente para caracterizar a fraude à execução, independentemente da precedência da garantia ou mesmo da função precípua da hipoteca e consequente vinculação do bem à solução da dívida.

Ao julgar Agravo de Instrumento, a 11.^a Câm. de Direito Privado decidiu que a preferência concedida pela hipoteca não afastaria o direito dos demais credores de buscar o patrimônio do devedor para receber seus créditos, de modo que a dação em pagamento realizada posteriormente à citação do devedor configura fraude à execução:

“Execução – Fraude – Dação em pagamento do bem penhorado ao credor hipotecário – Negócio realizado após a citação do devedor – Fraude reconhecida – Recurso desprovido.”⁴⁶

O seguinte trecho demonstra o racional da decisão:

“Com efeito, embora a constituição da dívida garantida pela hipoteca tenha ocorrido antes do ajuizamento da ação de execução, a dação em pagamento ocorreu após a citação, de forma que o agravante tinha ou deveria ter ciência da ação, principalmente porque sendo instituição financeira tem conhecimento das cautelas básicas de negócios imobiliários.

44. TJSP, ApCiv 9105860-22.2009.8.26.000, 12.^a Câm. de Direito Privado, j. 30.09.2009, Des. Ribeiro de Souza.

45. TJSP, ApCiv 0039964-88.2009.8.26.000, 23.^a Câm. de Direito Privado, j. 24.02.2010, Des. rel. Paulo Roberto de Santana.

46. TJSP, AgIn 7.109.172-6, 11.^a Câm. de Direito Privado, j. 23.01.2007, rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville.

Portanto, prescindível a prova de má-fé.

Por outro lado, a hipoteca constitui direito real de garantia que vincula o bem à solução da dívida e gera ao credor o direito de seqüela e excussão da coisa onerada, para se pagar, preferencialmente, com sua venda judicial (Maria Helena Diniz, *Curso*, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, vol. 4, p. 526).

É, como adverte a autora citada, direito sobre a coisa e não sobre sua substância.

Como a preferência não eliminar o direito dos demais credores de se pagarem com o valor remanescente da venda do bem, a dação em pagamento realizada é suscetível de lhes fraudar o direito executório, motivo pelo qual a fraude no caso foi bem reconhecida.”

Corroborando o entendimento acima o seguinte julgado:

“Execução – Fraude à Execução – Caracterização – Transferência de bem imóvel em dação em pagamento após citação de ação de execução – Inteligência do art. 593, II, do CPC – Afastado pedido de condenação do agravado nas penas de litigância de má-fé. Decisão mantida.”⁴⁷

Com o devido acato, entendemos que os últimos julgados acima colacionados, embora articulados, deixaram de considerar a complexidade de todos os elementos envolvidos.

Efetivamente, admitir, de forma simplista, que a dação em pagamento de bem objeto de garantia hipotecária ao credor hipotecário configuraria fraude à execução significa, em última análise, esvaziar o conteúdo da garantia real e transformar todos os credores em meros credores quirografários do devedor. Além disso, a simples comparação temporal dos atos – dação em pagamento e citação do devedor – ignora a posição legalmente privilegiada conferida pelo titular de garantia real. Trata-se de visão que considera apenas e tão-somente o aspecto processual, da fraude à execução, sem ter presente a relevância e o peso que a legislação civil atribui ao direito de que é titular o credor hipotecário. Ou, em outras palavras, tira do credor a natureza essencial da garantia, que é a vinculação do bem à solução da dívida, que, no caso da hipoteca, pode se dar mediante a excussão judicial do bem, ou, ainda, mediante a dação em pagamento do bem objeto da garantia.

Ressalte-se, como mencionado, que tal asserção não vinga porquanto mesmo em um cenário extremo – o de falência, no caso de sociedades empresárias –

47. TJSP, AgIn 0017872-19. 2009-8.26.0000, 14.^a Câm. de Direito Privado, j. 19.08.2009, rel. Des. Lígia Araújo Bisogni.

e de concurso de credores, o credor hipotecário goza de preferência sobre os demais credores e, portanto, recebe seu crédito antecipadamente a tais credores. Admitido, então, que o credor hipotecário tem preferência no concurso, indaga-se, então, a razão pela qual em um cenário de concurso não formal (coexistência de demandas executivas contra o devedor, portanto) e, portanto, fluido e difícil de vislumbrar sem qualquer traço de dúvida, a realização de dação em pagamento realizada ao credor hipotecário representaria fraude à execução?

Assim, parece-nos mais acertada a orientação adotada nos julgados que afastaram a ocorrência da fraude à execução na hipótese avaliada, desde que a constituição da dívida garantida pela hipoteca seja anterior à citação realizada na demanda proposta contra o devedor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a hipoteca seja direito real de garantia até largamente utilizado, a concretização do direito de crédito na hipótese de inadimplemento da obrigação garantida por meio de sua excussão judicial é procedimento custo, lento e ineficiente, de forma que, ainda que a tutela do crédito sofre profundo abalo, ainda que existente a garantia.

Assim, a dação do bem hipotecado em pagamento ao credor hipotecário, prevista no art. 1.428, parágrafo único, do CC/2002, constitui operação possível para o adimplemento da obrigação garantida, configurando alternativa para o moroso e não raro ineficiente processo de excussão judicial.

Contudo, nos termos do dispositivo legal, a validade de tal modalidade de dação em pagamento depende do vencimento da dívida e do consentimento de ambas as partes em momento posterior à constituição da garantia. Caso contrário, a operação será nula por enquadramento na figura do pacto comissório, vedado pelo caput do mesmo art. 1.428 do CC/2002.

De forma isolada, desde que respeitados os requisitos legais, a dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário é negócio jurídico plenamente lícito, válido e eficaz. Contudo, podem surgir problemas caso a dação em pagamento seja realizada em momento no qual pendam demandas ajuizadas contra o devedor que possam reduzi-lo à insolvência.

Assim, é necessária a conciliação dos privilégios legais conferidos ao credor hipotecário com os institutos da fraude à execução. De um lado, vigora a vinculação do hipotecado à solução da dívida e a preferência do credor hipotecário para recebimento de seu crédito. De outro, pondera-se o interesse e direito dos demais credores de alcançarem o patrimônio do devedor para satisfazer seus créditos, ainda que tal patrimônio seja onerado por garantia real.

De modo que alguns elementos são relevantes para a valoração da questão. O primeiro, sem dúvida, é o momento de constituição da garantia. Caso a garantia tenha sido constituída anteriormente ao ajuizamento das demandas contra o devedor, afasta-se, inicialmente, a caracterização da fraude à execução, restando eficazes os privilégios conferidos ao credor hipotecário. O inverso, contudo, não é verdadeiro. A oneração de bens pelo devedor após citação para demanda capaz de reduzi-lo à insolvência é negócio jurídico que ofende a literalidade do art. 593, II, do CPC e a jurisprudência consolidada do assunto, materializada na Súmula 375 do STJ.

Em segundo lugar, é necessário, à luz da própria Súmula 375 do STJ, verificar se há ou não registro de penhora sobre o bem hipotecado. Em caso positivo, também milita em favor do outro credor a preferência estabelecida pelo art. 612 do CPC. Dessa forma, a dação em pagamento poderá representar fraude à execução, sendo que a solução adequada parece ser a convivência das preferências, de modo que o bem seja levado a hasta e o produto da alienação direcionado ao credor hipotecário em primeiro lugar e, o que sobejar de seu crédito, entregue ao credor titular da penhora.

Em terceiro, no tocante à má-fé, há necessidade de distinguir entre a intenção subjetiva de prejudicar, caracterizada pelo conluio entre o credor e o devedor hipotecário, e a mera ciência da existência de demandas ajuizadas contra o devedor. Na primeira hipótese, caso comprove-se que a dação foi realizada em conluio, o objeto do negócio será ilícito, acarretando na invalidade, ou, ao menos, da ineficácia da operação. Na segunda hipótese, contudo, a mera ciência da existência de demandas ajuizadas contra o devedor não retira nem mitiga os privilégios legais conferidos *ope legis* ao credor hipotecário, de forma que, como regra geral, a dação em pagamento do bem hipotecado ao credor hipotecário não encerrará fraude à execução.

Naturalmente, porém, os comentários acima são tecidos em caráter geral e não retiram a necessidade de análise casuística, ainda mais em tema que, via de regra, envolve complexa indagação fática, presidida pela ampla possibilidade de prova, através de todos os meios probatórios admitidos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Direito das obrigações. 1.ª parte*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. Da remição do imóvel hipotecado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DEPERON, Mariana Pazianotto. Dação em pagamento. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 4.
- GARBI, Carlos Alberto. As características dos direitos reais imobiliários no Código Civil: publicidade, oponibilidade *erga omnes*, tipicidade, sequela e direito de preferência. In: GUERRA, Alexandre e BENNACHIO, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 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.
- SANTOS, Douglas Augusto do. Fraude contra credores e à execução nas alienações imobiliárias. In: GUERRA, Alexandre e BENNACHIO, Marcelo. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. A execução extrajudicial de dívida hipotecária. *Revista Síntese de Direito Imobiliário*. n. 5. p. 27-52. Porto Alegre: Síntese, set.-out. 2011.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3: *Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/06, 11.441/2007 e 11.448/2007*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Comentários à Súmula 375 do STJ, de Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado – *RDI* 70/309;
- Garantias reais: disposições gerais do penhor, da hipoteca e da anticrese, de Leonardo Gomes de Aquino – *RDPriv* 39/222;
- Hipoteca. Escritura de dação em pagamento dos imóveis. negativa de registro, de Luiz Tâmbara – *RDI* 55/345; e
- Notas sobre a hipoteca no registro de imóveis, de José Roberto Ferreira Gouvêa – *RDI* 30/91.
- Execução de hipoteca. Embargos de terceiro manejados por promissário comprador sem inscrição no registro imobiliário. Súm. 84 do STJ. Inaplicabilidade, de Humberto Theodoro Júnior, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, coordenada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 567.

Veja também Jurisprudência

- Hipoteca e execução extrajudicial no Sistema Financeiro de Habitação segundo art. 31 e 38 do Dec.-lei 70/1966: *RDI* 1/106.

FUNÇÃO JURISDICIONAL E ATIVIDADE REGISTRAL: DA INDEPENDÊNCIA À MÚTUA COLABORAÇÃO

2

TIAGO SCHERER

Juiz Federal da 1.ª Vara de Execuções Fiscais de Porto Alegre/RS.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: Este trabalho examina as atividades jurisdicionais e de registro de imóveis. Apresenta um delineamento dos principais aspectos das duas atividades, ambientando-as num mesmo panorama constitucional, cujo norte é a realização dos direitos e da justiça. Identificando seu ideal comum, traça um paralelo entre tais atividades essenciais à cidadania e prospecta caminhos para uma atuação cada vez mais afinada, inclusive utilizando-se dos meios típicos da era da informação.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário – Jurisdição – Processo de execução – Atividade Registral – Registro de imóveis.

ABSTRACT: This paper examines the activities of courts and register property. Presents an outline of the main aspects of the two activities, situating them in the same constitutional panorama, whose north is the realization of rights and justice. Identifying their common goal, draws a parallel between such essential activities and prospecting ways to citizenship for a performance more in tune, even using the typical means of the information age.

KEYWORDS: Judiciary – Jurisdiction – Implementation process – Activity registrars – Property registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da jurisdição executiva: 2.1 A função jurisdicional; 2.2 O panorama atual da jurisdição executiva; 2.3 Novas perspectivas da atuação jurisdicional para a realização dos direitos – 3. Da atividade registral imobiliária: 3.1 O relacionamento entre as atividades de registro de imóveis e a judicial; 3.2 Uma investigação sobre o futuro do relacionamento entre a atividade registral imobiliária e a jurisdição executiva fiscal – 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 pretendeu “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Tal é o registro que nos deixaram os congressistas daquela época, relevando os anseios, a esperança e as grandes expectativas que depositaram em seu trabalho. Ainda que sem força normativa,¹ é inegável que os enunciados do Preâmbulo orientam a interpretação da Constituição² e iluminam a tarefa dos três Poderes.

Com essas elevadas inspirações de proteger os direitos e promover a segurança, a justiça e a solução pacífica das controvérsias, a Carta também definiu como objetivo fundamental da nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, da CF/1988).

Percebe-se, com isso, que a Constituição apontou como missão primordial do nosso Estado distribuir e fazer justiça, mediante a realização dos ideais sintetizados no Preâmbulo e dos objetivos fundamentais do país.

Para tanto, a Constituição assegurou, além do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5.º, XXXIV, *a*, da CF/1988), o direito de acesso à Justiça, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). Esses são instrumentos de uma justiça reparadora, que atua repressivamente, após a instauração da lide, do conflito. E essa resposta aos anseios dos prejudicados deverá ser justa, adequada, confiável e previsível. Além disso, tal atuação deve se dar de forma tempestiva, dada a exigência agora inscrita no inc. LXXVIII do art. 5.º da CF/1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Embora haja a garantia constitucional, a função jurisdicional ainda não é conhecida em pormenores pelos cidadãos. A sociedade reconhece, apenas intuitivamente, que a atividade típica do juiz é aquela encarregada de resolver as

1. Segundo entendimento do STF, estabelecido na ADIn 2.076/AC, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.08.2003.

2. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo. Atlas: 2002. p. 119.

controvérsias. E, numa redução simplista, a função jurisdicional é exatamente esta: a de decidir os litígios, de uma forma definitiva.

A jurisdição – poder-dever do Judiciário – é prestada autônoma e independentemente, sempre com a finalidade de resolver os conflitos já estabelecidos. A missão constitucional do Poder Judiciário é cumprida, primordialmente, a *posteriori*.

A Constituição justapôs a essa construção do Poder Judiciário as atividades notariais e de registro, estipulando que são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. É o que dispõe o art. 236, *caput*, da CF/1988.

Trata-se de serviço essencialmente público, não desnaturado pelo regime privado sob o qual são exercidas. Com efeito, seus titulares são agentes públicos, atuando na modalidade de particulares em colaboração com a Administração Pública, estando submetidos a um regime jurídico de direito público.

De acordo com a Lei 6.015/1973, os serviços concernentes aos registros públicos são estabelecidos pela legislação civil para fins de atribuir autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1.º).

Já a lei dos notários e registradores (Lei 8.935/1994), preceitua que os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Daí já se vê que o sistema de registros públicos atua preventivamente ao litígio, buscando a realização espontânea do Direito.

Verifica-se, assim, que a prestação jurisdicional e as atividades notariais e de registro estão inseridas, cada uma, em um âmbito próprio. A jurisdição atua quando as partes não puderam ou não conseguiram resolver seus conflitos de interesses. E as atividades notarial e de registro buscam prevenir as contendas: fiscalizam pormenorizadamente a legalidade e a validade dos atos jurídicos praticados pelas partes.

Ambas as funções estatais são executadas autônoma e independentemente. A jurisdição não se vincula à atuação preventiva do notário ou registrador. E o tabelião ou oficial de registro pratica seu ofício, para o qual recebeu a delegação do Poder Público, em caráter privado. Atua com independência das partes e submete-se apenas à fiscalização administrativa do poder delegante.

Embora atuem ombro a ombro, mirando sempre o ideal de justiça fixando pela Constituição, percebe-se às vezes que tais estruturas não se reconhecem mutuamente. De fato, as atividades jurisdicionais, notariais e registrais, apesar de conviverem na operação do Direito, muitas vezes não interagem da forma mais produtiva para os fins dos interesses legítimos envolvidos.

Hoje, contudo, o Poder Judiciário está cada vez mais empenhado na pacificação social e na realização dos objetivos da nossa República – de construir

uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, da CF/1988) – seja através da conciliação dos interesses contrapostos em juízo, seja através de uma atuação preventiva. Isso se dá, por exemplo, na via legislativa, com marcante atuação de representantes do Judiciário, para a elaboração de leis que facilitem a realização espontânea do direito, diretamente pelas partes. Além disso, a atualidade vem exigindo que o Judiciário dedique-se a compreender a origem de demandas “artificiais”, que não necessariamente deveriam estar nos balcões judiciais, e tome iniciativas que evitem o manejo de ações judiciais.

Também os Registros Públicos estão sendo cada vez mais exigidos pelas partes e pelo Judiciário para fins da implementação dos interesses individuais postos em juízo. Isso vem se dando, por exemplo, através da averbação da pendência de ações judiciais, das indisponibilidades patrimoniais, da pesquisa de bens de propriedade dos devedores, tudo a fim de se garantir o integral cumprimento de direitos pessoais. Futuramente, inclusive, haverá um necessário fluxo de informações entre os registros públicos e o Poder Judiciário exclusivamente na via eletrônica.

Diante disso, convém examinar-se a aproximação institucional entre essas duas atividades, que, de autônomas e independentes, deverão apresentar-se em mútua colaboração, mais produtiva para os jurisdicionados assim como aos usuários dos serviços.

Neste estudo, portanto, discorrer-se-á sobre algumas características da prestação jurisdicional, especialmente quanto à jurisdição executiva, e dos registros públicos, para, ao final, identificarem-se pontos de contato, novos rumos e objetivos comuns.

Em suma, interessa-nos examinar a *interface* entre a jurisdição, especialmente nas execuções, e a atividade de registro de imóveis – funções às vezes desconhecidas ou incompreendidas uma pela outra – propondo caminhos para uma atuação sintonizada com as demandas próprias da sociedade atual.

2. DA JURISDIÇÃO EXECUTIVA

2.1 A função jurisdicional

Constituindo um dos três pilares sustentadores da nossa República,³ independente e autônomo em relação aos demais, o Poder Judiciário recebeu da Constituição a incumbência de pacificar as controvérsias através da jurisdição.

3. De acordo com o art. 2.º da CF/1988, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Trata-se, a jurisdição, de manifestação do poder político do Estado. É função estatal típica e essencial: poder de decidir soberana e independentemente, solvendo conflitos e fazendo atuar o Direito de modo impositivo. Nessa visão, tem-se a função jurisdicional como um sistema de composição de conflitos de interesses.⁴

A nossa Carta Política atribuiu ao Poder Judiciário, portanto, o *dever-poder* de prestar a jurisdição. Trata-se de dizer e aplicar o direito objetivo, através de um terceiro imparcial, o juiz, que representa a autoridade do Estado.⁵ De fato, a atividade jurisdicional pode ser entendida como a *função* do Estado de eliminar a lide⁶ de forma imparcial, resolvendo os litígios, mediante provocação, com eficácia vinculativa, aplicando a Constituição e realizando o Direito de forma permanente.

Como leciona Athos Gusmão Carneiro, a jurisdição pode ser conceituada “como o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos”.⁷ E, nesse sentido, a jurisdição abrange, como poder inerente à sua função, o de impedir qualquer lesão a direito. O STF já sublinhou, inclusive, a cláusula constitucional que modela a prestação jurisdicional como meio para a realização dos direitos.⁸

Não se pode esquecer que essas notas qualificadoras da jurisdição são decorrentes da vedação da autotutela ou autodefesa – a busca de justiça pelas próprias mãos (dos mais fortes contra os mais fracos) – e do monopólio estatal da resolução dos conflitos.⁹

Com efeito, a tarefa precípua do Poder Judiciário é a de resolver os conflitos, de forma definitiva, com autoridade de coisa julgada. E a solução judicial

-
4. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 549.
 5. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo. Ed. RT, 1997. p. 73.
 6. Nesse texto, parte-se do conceito carnelutiano de lide como o conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e resistência de outrem.
 7. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5. Os destaques constam do original.
 8. “Poder de cautela. Judiciário. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inc. XXXV do art. 5.º da CF –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário” (MC na ADPF 172/RJ, Plenário, j. 10.06.2009, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 21.08.2009).
 9. São excepcionalíssimas as hipóteses de autotutela civil. Além da tradicional proteção possessória, o novo Código Civil previu a possibilidade de autotutela para o cumprimento das obrigações de fazer fungível:

da lide é imperativa frente aos litigantes. O Estado-juiz detém o monopólio da força perante as partes envolvidas, podendo lançar mão das medidas úteis e necessárias à tutela dos interesses legítimos e albergados pelo Direito.

Nada obstante, para além de simplesmente solucionar conflitos intersubjetivos, a jurisdição atualmente representa a garantia de que os objetivos da nossa República sejam o norte verdadeiro das ações estatais, qualificando-se uma expansão do poder judicial.¹⁰ Nesse contexto, o Judiciário vem chamando a si a tarefa da gestão dos conflitos, inserindo-se no centro das discussões políticas. Modernamente, entende-se que a missão primordial do Judiciário abrange a própria garantia da força normativa da Carta da República e dos ideais de nossa democracia, dentre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Simultaneamente à construção constitucional do Poder Judiciário, a Carta Social de 1988 tratou de proibir, pelo seu art. 5.º, qualquer interdição do acesso àquele serviço estatal: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A Constituição estabeleceu, portanto, a garantia fundamental de que todas as controvérsias possam ser submetidas ao controle jurisdicional, que, com isso, seria inafastável pela lei ou pelos interessados.

Entretanto, a promessa constitucional de Justiça não se reduz à mera abertura das portas do Judiciário a todos os potencialmente legitimados, para apreciação dos mais diversos conflitos de interesses. O direito constitucional de acesso à Justiça não se resume no direito de ação, conferido ao cidadão de recorrer ao Estado-Juiz. Obviamente, o livre e amplo acesso aos balcões judiciais é corolário desse direito fundamental. Mas o direito de acesso à Justiça é bem mais amplo do que esse conceito limitado.

Há de se ver que no momento em que o Estado assume a função de resolver as controvérsias, deve proporcionar ao cidadão uma proteção efetiva.

“Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

Possivelmente contribuirá para uma maior efetividade das obrigações, independentemente de intervenção judicial, ressalvadas eventuais ocorrências de abuso de direito por parte do credor.

10. BEZERRA, José Antônio Lira. A natureza política da atividade jurisdicional: a dicotomia direito e moral em Ingeborg Maus. *Revista CEJ*. n. 51. ano XIV. p. 107. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, out.-dez. 2010.

Por isso, Marinoni alerta que “o direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos”.¹¹ Acesso à Justiça significa a possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica.¹²

Trata-se, portanto, de um direito à própria Justiça, e não da simples liberdade para formulação de requerimento em juízo. É o direito a uma ordem jurídica justa e à realização dos direitos albergados pelo ordenamento jurídico-constitucional. O direito de acesso à Justiça é, com esse enfoque, a garantia constitucional atribuída a todos de que terão seus direitos realizados, com a aplicação da lei em concreto.

A realização dessa função estatal de fazer atuar a Constituição e as leis dá-se ordinariamente mediante processo judicial, consistente em método de trabalho para a solução dos conflitos. Com efeito, o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição¹³ e um meio para a realização da Justiça.

Não se perde de perspectiva que a garantia da prestação jurisdicional compreende o direito à justa composição da lide. Ou seja, da inafastabilidade do controle jurisdicional decorre o direito a uma prestação jurisdicional efetiva e justa. E essa tutela deverá se dar em tempo adequado, como exigência do princípio da duração razoável do processo. De fato, a EC 45/2004, em resposta à morosidade da Justiça, consagrou o princípio da celeridade processual como postulado fundamental,¹⁴ cumprindo ao juiz velar pela rápida solução do litígio.¹⁵ Afinal, na célebre frase de Rio Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 32.

12. TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça. *Revista CEJ*. n. 52. ano XV. p. 23-35. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, jan.-mar. 2011.

13. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 70.

14. “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

15. Dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

(...)

II – velar pela rápida solução do litígio.”

2.2 O panorama atual da jurisdição executiva

Com as balizas postas, deve-se analisar o procedimento executivo, mormente nas execuções fiscais. Para tanto, impende, inicialmente, rememorar-se que a função jurisdicional executiva destina-se a fazer atuar a norma jurídica concreta, estabelecida em sentença ou título executivo extrajudicial, que atesta a certeza do direito à prestação. Enquanto que o processo cognitivo destina-se a “identificar o que deve ser”, o processo executivo é eminentemente prático e material,¹⁶ buscando realizar “o que deve ser”. Aqui, mais uma vez se percebe o caráter substitutivo da função jurisdicional executiva, pois o Estado-juiz promove diretamente as medidas práticas necessárias, independentemente da colaboração ou da vontade do executado, invadindo seu patrimônio e dele retirando o produto necessário à satisfação do interesse do credor, segundo expõe o Min. Teori Albino Zavascki.¹⁷ Salienta, ainda, o autor, que, embora se trate de medidas materiais, destinadas à conversão do “dever ser” em “ser”, cuida-se de função eminentemente jurisdicional, qualificada pela “lide de pretensão não satisfeita”.¹⁸

Nessa medida, a execução fiscal é execução para cobrança de quantia certa, devida à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, regrada pela Lei 6.830/1980.¹⁹

Sem qualquer pretensão de esgotar o exame dos mais diversos aspectos e dos atos praticados no bojo da execução fiscal, mas centrando-se no que importa ao estudo simultâneo das atividades executiva e de registro de imóveis,

16. Conforme se extrai do art. 577 do CPC, segundo o qual, “não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos e os oficiais de justiça os cumprirão”. Também demonstra o caráter eminentemente material dos atos executivos, determinados pelo juiz, a previsão do art. 579 do CPC: “Sempre que, *para efetivar a execução*, for necessário o emprego da força policial, o juiz a requisitará” (grifo nosso).

17. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 8, p. 141.

18. *Idem*, p. 144.

19. “Art. 2.º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1.º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1.º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2.º A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.”

salienta-se o marcante caráter unilateral dos atos preliminares à execução fiscal, pois o nosso sistema outorgou à própria Fazenda Pública credora o poder de formar diretamente um título para fins executivos – a Certidão de Dívida Ativa –, dotado de presunção de certeza e liquidez.²⁰ Tal prerrogativa, ladeada por outros privilégios,²¹ criados com a inspiração de possibilitarem a realização do crédito público, por vezes inspirou a doutrina a duvidar da constitucionalidade desse tratamento diferenciado.²²

De fato que a base normativa das execuções fiscais trouxe esse privilégio e imprimiu rito diverso da ação executiva comum, com o que a aquelas tomam um colorido próprio. Exemplo disso é a simplificação dos requisitos da petição inicial, tudo em benefício da expedita realização dos créditos públicos.²³

De regra, a execução fiscal será proposta pelos órgãos fazendários federais no foro do domicílio do réu,²⁴ e, se este não for sede de Juízo Federal, será dis-

20. O art. 3.º, *caput*, da LEF dispõe: “A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez”.

21. A doutrina de Humberto Theodoro Júnior (*Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3 e ss.) aponta a quebra do princípio da isonomia decorrente, por exemplo, da intimação da Fazenda Pública ser realizada pessoalmente, enquanto que os demais procuradores pela imprensa; o executado terá deferida a substituição dos bens penhorados apenas por depósito em dinheiro ou fiança bancária, enquanto que a credora poderá requerer a substituição dos bens penhorados por outros, de forma mais ampla; a Fazenda Pública poderia cancelar a inscrição da Dívida Ativa e ter extinta a execução fiscal sem ônus; além da “eternização” dos créditos, sem a configuração da prescrição, enquanto for dado impulso ao feito, mesmo sem resultado prático algum. Além disso, poder-se-ia indicar a exorbitância dos privilégios fazendários também pela indiferença da execução fiscal aos juízos universais e pela não prevalência dos ônus reais ou das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade que gravam os bens do devedor, excetuando-se os absolutamente impenhoráveis.

22. Assis, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 794.

23. “Art. 6.º A petição inicial indicará apenas:

I – o Juiz a quem é dirigida;

II – o pedido; e

III – o requerimento para a citação.

§ 1.º A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2.º A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3.º A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4.º O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.”

24. Conforme previsão do art. 578 do CPC.

tribuída à Justiça Estadual, que exercerá local jurisdição federal delegada.²⁵ A Lei de Execução Fiscal (LEF) – Lei 6.830/1980, prevê também a possibilidade de reunião dos processos contra o mesmo devedor no juízo da primeira distribuição, como medida de economia processual.²⁶

Ajuizada nesses termos a inicial, a Lei 11.382/2006, ao incluir o art. 615-A no CPC, viabilizou que o exequente previna a ocorrência de fraude à execução ao possibilitar a todos os potenciais adquirentes dos imóveis do devedor o conhecimento da existência de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Tal se dará, de acordo com a previsão normativa enfocada, através da diligência do exequente, que, no ato da distribuição, poderá “obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto”. E, segundo o § 3.º do art. 615-A, “presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação”. Quanto ao ponto, ainda é de interesse nas execuções de crédito tributário o quanto determina a atual redação do art. 185 do CTN, no sentido de que se presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, salvo quando bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Pelo poder geral de cautela, o juiz poderia inclusive deferir ao autor de ação de reparação de danos, por exemplo, certidão da pendência da demanda para fins de averbação no Ofício Imobiliário, para fins de salvaguarda de interesses de terceiros, na busca da segurança jurídica dinâmica. É certo que a fraude a credores pode ocorrer durante o curso da ação ordinária, e não apenas em execução. Assim, seria cabível a averbação admonitória, com base no art. 615-A do CPC, mediante motivação suficiente. Além disso, também os títulos judiciais – as sentenças – não podem atribuir ao credor menor tutela ao seu crédito se comparado àqueles certificados em título executivo extrajudiciais. Ademais, a sentença viabiliza até mesmo a hipoteca judicial, o que é medida mais gravosa do que a simples averbação admonitória.

Na sequência dos atos da execução, impõe-se o controle da sua legalidade, ao tempo do despacho inicial, debruçado sobre os elementos da peça vestibular, que necessariamente virá acompanhada do título executivo. Nesse mo-

25. Art. 109, § 3.º, da CF/1988 c/c art. 15, I, da Lei 5.010/1966.

26. “Art. 28. O juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.”

mento, o juiz examinará seus requisitos, e, identificando óbice de natureza material ou processual, deverá sobrestar o curso do feito. Realmente, mesmo que a execução se cumpra por atos práticos, a jurisdição executiva compreende o conhecimento da relação processual que se estabelecerá entre as partes, viabilizando o controle da pretensão do credor, barrando aquelas prescritas ou maculadas por outros vícios constitucionais ou legais, por exemplo.

Viabilizado desenvolvimento da execução, o despacho judicial que deferir a inicial importa em ordem para citação do devedor; penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança; arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar; registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas; e avaliação dos bens penhorados ou arrestados.²⁷

Citado na execução fiscal, o devedor tem duas alternativas de agir nesse rito, no prazo de cinco dias: ou paga o que a Fazenda Pública lhe exige; ou presta garantia para fins de opor-se à cobrança via ação incidental de embargos.²⁸ Ou seja, dentro dessa relação processual, marcada, por vezes, por uma posição privilegiada do exequente, o executado encontra-se submetido a realizar o pagamento ou a apontar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora.²⁹

Deixando de lado as hipóteses de cumprimento da obrigação, depósito em dinheiro e fiança bancária, que não são de interesse para este estudo, o executado poderá indicar bens penhoráveis, no prazo legal, sobrevivendo à constrição por termo nos autos, do qual será intimado também o seu cônjuge, em se tratando de imóvel.³⁰ O termo de penhora conterà, também, a avaliação dos bens

27. Conforme estipula o art. 7.º da Lei 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal.

28. Evidentemente, ao devedor é franqueado, na via administrativa, requerer o parcelamento do seu débito; ou, na via judicial, que lhe está sempre aberta, ajuizar ação questionando a validade dessa exigência, o que, no entanto, não tem o poder de suspender a execução. Para uma linha de entendimento, o devedor poderia também obter o parcelamento judicial do crédito fiscal exequendo, com base no art. 745-A do CPC, o que, no entanto, atrita com o art. 155-A do CTN, que exige lei para a concessão de parcelamento.

29. Aplica-se à execução fiscal o disposto nos §§ 3.º e 4.º do art. 652 do CPC, no sentido de intimar o devedor a apresentar bens penhoráveis, sob pena de cometer ato atentatório à dignidade da Justiça, expondo-se à multa de até 20% (art. 600, IV c/c art. 601, do CPC).

30. De acordo com o art. 655-B do CPC, “tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”.

penhorados, efetuada por quem o lavrar.³¹ Além disso, o termo usualmente consigna o depósito do bem com o próprio devedor.

Caso o executado furte-se desse ônus – pagar ou nomear bens penhoráveis – expõe-se aos atos executivos destinados à expropriação judicial. Ou seja, em permanecendo inerte no prazo legal de cinco dias, o direito de escolha retorna à Fazenda Pública, de sorte que o oficial de justiça penhorará os bens do executado porventura disponíveis. Tal como se dá no termo de penhora nos autos, serão avaliados os bens constritos e intimados o devedor e seu cônjuge, em se tratando de imóvel.

Realizada a penhora (ou arresto) de imóvel, impõe-se seu registro, que, segundo o art. 14 da Lei de Execução Fiscal, será realizado mediante a entrega da contrafé com a ordem de registro e de cópia do auto ao Ofício Imobiliário.³² De qualquer maneira, o protocolo da ordem de registro de penhora será realizado se a constrição tiver sido realizada na mesma área territorial da serventia.

Já naquelas situações em que a constrição for realizada por termo nos autos ou quando o imóvel estiver situado em local diverso da sede do juízo da execução, o registro da penhora será realizado mediante ofício encaminhado ao registrador competente.

É absolutamente necessária a inscrição da penhora no registro imobiliário para surtir efeitos contra terceiros. O credor deve ter esse cuidado, sob pena de lhe ser imposto o ônus da prova de que a eventual alienação posterior à penhora se deu em fraude. Quanto ao ponto, ressalva-se que a inexistência de matrícula não obsta a penhora, mas esta não vai ser oponível a terceiros.

Interessante notar, aqui, que a lei própria das execuções fiscais determina o *registro* da constrição, enquanto que o Código de Processo Civil, após a edição da Lei 11.382/2006, determina a averbação da penhora.³³ Nesse ponto, tratando-se de norma específica voltada às execuções fiscais, entendemos que

31. Art. 13, *caput*, da LEF.

32. “Art. 14. O Oficial de Justiça entregará contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7.º, inciso IV: I – no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado; (...).”

33. Determina o § 4.º do art. 659 do CPC: “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.”

a aplicação supletiva do Código de Processo Civil não possibilita ato diverso daquele estipulado pela Lei 6.830/1980.

Independentemente da nomenclatura do ato de registro da penhora – se registro ou averbação – não está condicionado ao recolhimento de emolumentos, realizando-se por força da decisão judicial.³⁴

Em se tratando de execução fiscal de dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis, conforme o art. 53 da Lei 8.212/1991,³⁵ de tal modo que a constrição inviabiliza a qualificação positiva de qualquer título relativo à alienação do bem pelo proprietário-executado.

Já a expropriação dos bens constritos se dará por sua adjudicação ao credor; arrematação em leilão público (inclusive virtual);³⁶ ou ainda em alienação por iniciativa particular.³⁷

Interessante notar que, consultando-se a jurisprudência, percebe-se a existência do entendimento de que a arrematação em leilão é aquisição originária da propriedade, sustentando que a expropriação cinde a cadeia da propriedade, de forma que o bem é adquirido totalmente livre para ter sua propriedade averbada no álbum imobiliário em proveito do arrematante:

34. Dispõe a Lei 6.015/1973 – Lei dos Registros Públicos:

“Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I – por ordem judicial.”

35. “Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

§ 1.º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.”

36. A reforma do processo de execução viabilizou o uso da internet para a realização do leilão, de acordo com a previsão inserida no Código de Processo Civil, ainda de pequena aplicação prática:

“Art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado.

Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.”

37. De acordo com linha de entendimento, é viável a alienação por iniciativa particular, regrada pelo art. 647, II, e 685-C, ambos do CPC, também às execuções fiscais, por força de sua aplicação subsidiária ao rito especial.

“Civil. Processual civil. Arrematação. Bem hipotecado. A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido.”³⁸

Já naquelas hipóteses em que o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará, *ex officio*, a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial, de acordo com o art. 185-A do CTN.

Nas execuções fiscais por créditos destituídos de natureza tributária, o credor poderá requerer semelhante medida com apoio no art. 655-A do CPC, a requerimento do exequente, mas limitada a medida a ativos financeiros. Tal expediente – preferencialmente por meio eletrônico – tem por objetivo a busca de informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, desde já os tornando indisponíveis, para fins de realização da penhora.

2.3 *Novas perspectivas da atuação jurisdicional para a realização dos direitos*

Atualmente já se vive uma revolução na forma como conhecemos os ritos processuais. Trata-se da progressiva informatização que está sendo implementada nos processos e procedimentos judiciais.

Tal se iniciou com a Lei 11.280/2006, que, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 154 do CPC, permitiu aos tribunais “disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”.

Prosseguindo nesse caminho, e objetivando tornar mais ágil e efetiva a prestação jurisdicional, a Lei 11.419/2006 disciplinou a informatização do processo judicial e o uso do meio eletrônico para a tramitação e comunicação dos atos produzidos naquele meio. A partir daí, surgiu o processo (ou procedimento) judicial eletrônico, acessível para consulta e peticionamento das partes na rede

38. STJ, REsp 40.191/SP, 4.^a T., j. 14.12.1993, rel. Min. Dias Trindade, DJ 21.03.1994, p. 5490.

mundial de computadores (Internet) e cujos atos são assinados digitalmente pelo juiz.³⁹

Trata-se de notável avanço tecnológico que já faz sentir a realização do objetivo de todos: um processo judicial menos moroso, mais ágil e adequado à realização da justiça. E não pode ser diferente. Na era digital, marcada pela velocidade das negociações e intenso fluxo de informações, a sociedade espera respostas praticamente instantâneas aos seus anseios. As transformações sociais surgidas nessa era da informação – a revolução digital ou informacional – está sendo agora acompanhada pela evolução das práticas processuais. Também o Judiciário e outras instituições vêm se aprimorando para atender as expectativas dos jurisdicionados.

Nesse aspecto, o processo judicial eletrônico, ao que já se experimentou no âmbito da Justiça Federal da 4.^a Região, vem promovendo uma agilidade inimaginável na prática cartorária tradicional, antes afeita aos expedientes em meio físico – papel. O uso de meio eletrônico para a tramitação de processos judiciais, comunicação de atos, transmissão de peças processuais e outras rotinas já possibilita uma brevidade extraordinária no cumprimento das decisões judiciais.⁴⁰

De fato, na Justiça Federal da 4.^a Região há experiência exitosa de sistema de processo eletrônico nos Juizados Especiais Federais como instrumento efi-

39. “Art. 8.º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 9.º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1.º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2.º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.”

40. Contudo, a Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul – Ajufers, já percebeu, através de pesquisa junto aos juizes associados, que o uso intensivo de ferramentas eletrônicas poderá afetar a saúde de todos os operadores do Direito – advogados, servidores, magistrados etc. –, o que impõe o estudo de formas que minimizem os impactos maléficos do processo eletrônico.

ciente para a prestação jurisdicional. Com isso, considerando-se a necessidade de ampliar-se a utilização do processo eletrônico para todos os tipos de ações, independente dos ritos e da matéria, de direito ou de fato, o TRF-4.^a Reg. viabilizou a implantação daquele meio processual nas mais diversas unidades judiciárias, passando a admitir o ajuizamento de causas apenas pelo sistema processual eletrônico.⁴¹ Com isso, quaisquer processos – de natureza cível ou criminal – passaram a ser ajuizados exclusivamente no meio digital, sem opção pelo meio tradicional (papel).

O processo eletrônico é acessado pela Internet, nos endereços eletrônicos indicados pelo Tribunal, cujos documentos e atos praticados pelos usuários serão assinados e certificados digitalmente. O chamado “e-Proc” é acessível para consulta e movimentação ininterruptamente, pela Internet.

A petição inicial e seus anexos são distribuídos na forma eletrônica e automaticamente, a qualquer momento do dia e a partir de qualquer ponto conectado à Internet. A consulta aos eventos e decisões judiciais é sempre disponível às partes (salvo os casos de sigilo) mediante o uso de uma “chave” identificadora, o que permite um estreito acompanhamento do andamento processual pelos interessados. As citações, intimações e notificações das partes já cadastradas são realizadas diretamente no processo eletrônico, reduzindo a necessidade de diligências a cargo de oficiais de justiça e racionalizando o emprego dessa força de trabalho. Da mesma maneira, as partes podem impulsionar o feito, mediante a juntada de petições e documentos digitalizados, com grande agilidade. Por fim, ao magistrado é conclusivo o feito eletrônico para decisão com incrível compressão de atos antes a cargo das secretarias ou cartórios judiciais.

É função do direito processual pacificar os conflitos. Este é o fim do processo. A ideia de um processo eletrônico representa a possibilidade de uma ampliação do acesso à Justiça. A inclusão digital promove o acesso à Justiça. O processo eletrônico surgiu como meio para a pacificação de conflitos na era eletrônica.⁴² Nessa medida, o instrumento processual eletrônico proporciona a realização dos ideais consagrados na nossa Constituição, tais como a realização dos direitos, a liberdade, a segurança etc. por meio da solução dos litígios em tempo breve e cumprindo o devido processo legal, tudo para fins de proporcionar e distribuir Justiça.

41. TRF-4.^a Reg. Res. 64, de 17.11.2009. Apenas *habeas corpus* impetrado por pessoa física, não advogado, será admitido em meio físico.

42. ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. São Paulo: Forense, 2010.

O procedimento eletrônico – uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais – pode ser adotado em quaisquer ações judiciais e proporciona uma aceleração do trâmite processual, notadamente pela certificação de prazos de forma eletrônica, bem como pela eliminação de providências mecânicas, tais como a juntada de petição, numeração de páginas, lançamento de fases processuais nos sistemas informatizados de acompanhamento, transporte e armazenamento dos autos, publicações etc. É um avanço enorme e um novo modelo de distribuição de Justiça.

Essa realidade de processo eletrônico já experimentada no âmbito da Justiça Federal da 4.^a Região inspira também a busca de uma maior eficiência na jurisdição executiva. Com efeito, a Lei 11.382/2006, acrescentando o § 6.^o ao art. 659 do CPC, previu que a penhora de valores em dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis poderá ser processada por meios eletrônicos.⁴³

Com isso, viabilizou-se a averbação do ato executivo pelo serviço de registro de imóveis a partir de uma comunicação eletrônica entre as instituições. Pretende-se, no futuro, seja também realizada a própria penhora de imóveis inteiramente na via digital, à semelhança do que já acontece com a construção on-line de depósitos financeiros através do convênio Bacen-Jud e de veículos, pelo Renajud.

A Lei 11.977/2009 também previu o acesso e o envio de informações aos registros públicos por meio da rede mundial de computadores (Internet), desde que assinados com uso de certificado digital, na forma da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP.⁴⁴

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, inclusive editou as Resoluções 70, 90 e 136 estabelecendo a meta de informatização de todas as unidades judiciárias e de interligação ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores.

Como aponta José Carlos de Araújo Almeida Filho, “a idealização de todo o processo por meio eletrônico, com a possibilidade de intercâmbio na comunicação dos atos processuais, garante eficácia e segurança na relação jurídico-

43. “§ 6.^o Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.”

44. Parágrafo único ao art. 17 da Lei 6.015/1973 – Lei dos Registros Públicos, acrescentado pela Lei 11.977/2009.

-processual”.⁴⁵ Com efeito, já é legalmente possível a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, desde que certificada sua autenticidade, integridade e validade jurídica. Desse modo, a distribuição de documentos e a comunicação de decisões proferidas em processos judiciais aos serviços de registros por meio eletrônico, dada sua natural imediatidade, certamente contribuirá para o desenvolvimento da atividade jurisdicional, bem como, sob a ótica do sistema de registros públicos, agregará segurança jurídica dinâmica.

No âmbito do Rio Grande do Sul, o nosso Tribunal de Justiça regulamentou a distribuição eletrônica de comunicações de indisponibilidade decretadas apenas pela Justiça Estadual, na sua Consolidação Normativa Notarial e Registral.⁴⁶ A Corte deixou de fora, contudo, aquelas ordens expedidas pela Justiça Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral, estipulando que as ordens desses juízos deveriam ser expedidas no meio tradicional – por ofício encaminhado ao registrador.⁴⁷

45. ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Humano, demasiadamente eletrônico. Eletrônico, demasiadamente humano. *Revista de Doutrina da 4.ª Região*. n. 35. Porto Alegre: Emagis, abr. 2010. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/almeida_filho.html]. Acesso em: 24.08.2011.

46. “Da comunicação e averbação da indisponibilidade de bem imóvel. Art. 561-A. A comunicação da decretação da indisponibilidade de bem imóvel determinada em processo judicial de qualquer natureza, em tramitação no Poder Judiciário Estadual, quando conhecido o local do registro, será encaminhada pelo Juízo para o e-mail oficial do sistema Selo Digital do Serviço de Registro de Imóveis onde foi lavrado o registro.

§ 1.º No ofício deverá constar: nome da comarca e da vara, nome das partes, número e classe do processo, nome completo da parte cujos bens foram indisponibilizados, CPF ou CNPJ, valor da indisponibilidade, e, se possível, o número da matrícula.

§ 2.º Não sendo conhecido o local da existência de bens, o ofício deve ser enviado eletronicamente pelo e-mail setorial do Cartório Judicial para o grupo de distribuição de e-mail oficial do sistema Selo Digital das Serventias de Registro de Imóveis (ri@tjrs.jus.br), observando-se o disposto no § 1.º.

§ 3.º Até a implementação da assinatura digital no âmbito do Poder Judiciário de 1.º grau, havendo dúvida quanto à autenticidade ou origem do documento, o oficial registrador solicitará ao juízo remetente, confirmação a respeito.

§ 4.º O oficial registrador, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a partir do recebimento do e-mail, efetuará a busca. Em sendo positiva, realizará a averbação e, no mesmo prazo, encaminhará a certidão respectiva pelo meio físico ao juízo do processo.”

47. “Art. 561-B. A comunicação da decretação da indisponibilidade de bem imóvel determinada em processo judicial de qualquer natureza, em tramitação no Poder Judiciário de outros Estados ou no Poder Judiciário Federal ou Militar do Estado do Rio Grande do Sul, quando conhecido o local do registro, será encaminhada pelo juízo requisitante, por ofício, diretamente ao Serviço de Registro de Imóveis onde foi lavrado o registro.

Nessa sistemática, portanto, as ordens de indisponibilidades de imóveis oriundas da Justiça Estadual são comunicadas de forma eletrônica e centralizada ao TJRS, e, a partir daí, repetidas a todas as serventias de registro de imóveis. Já na situação de semelhante determinação da Justiça do Trabalho ou Federal, impõe-se o uso dos meios tradicionais, com a expedição de ofícios a cada um dos registradores, para cumprimento da ordem, com a averbação do ato.

Desse modo, ainda que disponíveis recursos tecnológicos adaptados à necessidade que se faz presente na rotina dos demais juízos, depende-se da burocrática expedição de ofícios às serventias registrárias para fins de que cumpram os atos de suas atribuições que complementem os atos executivos judiciais, em total descompasso com a realidade da era da informação.

Percebe-se, também, que o uso das comunicações eletrônicas está restrito à comunicação das ordens de indisponibilidade, não abrangendo, até o momento, aqueles demais atos de interesse da atividade jurisdicional, especialmente a executiva, tais como a pesquisa de bens e averbação de penhoras e outros atos judiciais.

3. DA ATIVIDADE REGISTRAL IMOBILIÁRIA

3.1 *O relacionamento entre as atividades de registro de imóveis e a judicial*

Reconstruindo as atividades notariais e de registro, o art. 236 da CF/1988 estabeleceu que seriam exercidas em caráter privado, mediante delegação estatal após concurso público de provas e títulos.⁴⁸

§ 1.º O endereço das Serventias Registrárias está disponível na página do Tribunal de Justiça (www.tjrs.jus.br) acessar no menu Institucional > Endereços, Telefones e Horários.

§ 2.º No ofício deverá constar: nome da comarca e da Vara, nome das partes, número e classe do processo, nome completo da parte cujos bens foram indisponibilizados, CPF ou CNPJ, valor da indisponibilidade, e, se possível, o número da matrícula.

§ 3.º Não sendo conhecido o local da existência de bens o ofício deve ser enviado para o Serviço de Documentação da Corregedoria-Geral da Justiça (Praça Marechal Deodoro, n. 55, Porto Alegre, RS – CEP 90010-908) que encaminhará a requisição para o grupo de distribuição de e-mail oficial do sistema Selo Digital das Serventias de Registro de Imóveis.

§ 4.º O oficial registrador, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a partir do recebimento do e-mail, efetuará a busca. Em sendo positiva, realizará a averbação e, no mesmo prazo, encaminhará a certidão respectiva pelo meio físico ao juízo do processo.”

48. “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Entretanto, o caráter privado em que são prestados os serviços notariais e de registro, não desnatura essas funções administrativas. Embora praticadas de forma autônoma e independente por tabelião ou oficial de registro, à semelhança de uma atividade liberal ou empresarial, trata-se de função pública, titulada pelo Estado. É dizer: trata-se de atividades essencialmente públicas.

Bem por isso, Ricardo Dip assinala que “o registro público, devotado à consecução de alguma forma de segurança jurídica, pode compreender-se no âmbito do conceito *large sumpto* de serviço público”.⁴⁹

O STF salientou reiteradas vezes o caráter público das atividades notariais e registrais, embora praticadas em caráter privado, examinando os respectivos caracteres essenciais:

“Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: (a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo *caput* do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; (b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; (c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; (d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; (e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que

§ 1.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.

§ 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.”

49. DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações interpartes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; (f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.”⁵⁰

Desse modo, a delegação das atividades notariais e de registro a particulares não repercute na essência estatal daquelas. Continuam públicas, ainda que seus serviços sejam prestados em caráter privado, sujeitas à fiscalização do Poder Judiciário, exercida pelos Tribunais de Justiça.⁵¹

Também o caráter de agente público dos delegatários dos serviços notariais e de registro já foi enfatizado pelo STF: “Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.”⁵²

Assim, ainda que o exercício profissional dê-se em caráter privado, o tabelião e o registrador são agentes públicos, usualmente classificados como particulares em colaboração com a Administração, de acordo com a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁵³

50. ADIn 3.151/MT, Plenário, j. 08.06.2005, rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.04.2006.

51. Embora a redação do art. 96, I, *b*, da CF/1988 (“Compete privativamente: I – aos tribunais: (...) *b*) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva”), em recente decisão do STF “apontou-se que a Carta Magna, ao se referir a secretarias e serviços auxiliares dos tribunais e dos juízos de direito que lhe são vinculados (art. 96, I, *b*, da CF/1988), trataria, exclusivamente, da estrutura interna desses órgãos judiciários, consubstanciada num conjunto de unidades e atividades de apoio que viabilizasse a realização de todas as suas finalidades institucionais. Portanto, mera consequência da autonomia administrativa assegurada ao Poder Judiciário” (STF, ADIn 4.140/GO, rel. Min. Ellen Gracie, Informativo n. 633).

52. STF, ADIn 2.602/MG, Pleno, j. 24.11.2005, rel. Min. Joaquim Barbosa, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, DJ 31.03.2006.

53. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 251.

De fato, os titulares dos serviços não compõem a estrutura estatal, não estão submetidos hierarquicamente ao poder elegante, não recebem remuneração dos cofres públicos, não são servidores e tampouco exercem mandato ou titulam cargos públicos efetivos, não passam por estágio probatório, e não estão organizados em carreira. São, isto sim, agentes públicos, atuando na modalidade de particulares em colaboração com a Administração Pública.

O renomado professor analisa ainda todos os demais aspectos institucionais relevantes dessas atividades:

“Anote-se que cada ‘serviço’ notarial ou registral, constitui-se em um complexo unitário, e *individualizado*, de atribuições e competências públicas, constituídas em organização técnica e administrativa, e especificadas quer pela natureza da função desempenhada (serviços de notas e de registros), quer pela área territorial onde são exercidos os atos que lhes correspondem.

Inobstante estejam em pauta atividades públicas, por decisão constitucional explícita elas são exercidas em *caráter privado* por quem as titularize, como expressamente o diz a Constituição no artigo referido.

Tal titularização procede, consoante igualmente explícita dicção constitucional, de um ato de ‘delegação’. A delegação – justamente por sê-lo – não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, com um ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de funções de tal gênero. Dita habilitação (aferida no concurso público que a precede, cf. § 3.º do art. 236 da CF/1988 e que, demais disto, aponta o melhor dos candidatos) é apenas um pressuposto da investidura nas funções em causa.

A delegação, propriamente dita, é *ato sucessivo ao concurso* e seu alcance, seu significado, é precisamente o de adjudicar um determinado ‘serviço’ (em rigor, o exercício ‘dele’ – ou seja, aquela unidade que o substancia – à cura de um dado sujeito. Aliás, uma vez efetuada, ‘os notários e oficiais de registro (...) só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei’ (art. 28 da Lei 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora do art. 236 da CF/1988), isto é, por ‘I – de sentença judicial transitada em julgado; ou II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa’ (art. 35), bem como nos casos de morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia e, conforme o inc. VI do art. 39, da violação da gratuidade estabelecida pela Lei 9.534, de 10.12.1997.

Este corresponde ao provimento da serventia, efetuável pelo Poder Executivo, em sucessão a concurso público – e não pelo Poder Judiciário – o qual tem na matéria outros cometimentos: o de fiscalização do desempenho da atividade notarial ou registral, sempre tudo como resulta do art. 236 da Constituição.”⁵⁴

54. Idem, p. 251-252.

Também pontua o Prof. Luis Roberto Barroso que, embora as atividades notariais e de registro sejam exercidas em caráter exclusivamente privado, não integrando a Administração Pública, estão submetidas a um regime jurídico público.⁵⁵

Importa lembrar que a Constituição Federal atribui à União competência privativa para legislar sobre registros públicos.⁵⁶ E, no exercício dessa competência, a União editou a Lei 6.015/1973 (recepcionada pela atual Carta), dispondo sobre o regime dos serviços registrais, segundo a qual os registros públicos visam à autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.⁵⁷

Sobre tais aspectos, leciona Walter Ceneviva:

“*Autenticidade* é qualidade do que é confirmado por ato de autoridade: de coisa, documento ou declaração verdadeiros. O registro cria presunção relativa de verdade. É retificável, modificável e, por ser o oficial um receptor da declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não dá autenticidade ao negócio causal ao fato ou ato jurídico de que se origina. Só o próprio registro tem autenticidade.

A *segurança*, como libertação do risco, é, parte, atingida pelos registros públicos. Aperfeiçoando-se seus sistemas de controle e sendo obrigatórias as remissões recíprocas, tendem a constituir malha firme e completa de informações.

Eficácia é aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transposta. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos.

Além dos fins expressos no art. 1.º, os registros cumprem a essencial função de assegurar, enquanto serviços de organização técnica e administrativa dos direitos a que se referem, a publicidade dos atos jurídicos.”⁵⁸

55. BARROSO, Luís Roberto. Parecer. Consulta em: [www.atcsp.org.br/parecer.asp].

56. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
XXV – registros públicos.”

57. “Art. 1.º Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (...).”

58. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

Também a Lei 8.935/1994, regulamentando o art. 236 da CF/1988 e dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Notários e Registradores), estabeleceu que os “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (art. 1.º).

Aqui, o mesmo doutrinador salienta que o serviço notarial e de registros atribui garantia às pessoas e ao direito que lhes corresponde, como meio especial de proteção. Trata-se, a garantia, do objetivo nuclear dos serviços mencionados.⁵⁹

Portanto, nobilíssimos os propósitos para os quais foram direcionados os serviços notariais e de registro de imóveis. De fato, garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos (e fatos) jurídicos são todos atributos de máximo interesse para a realização espontânea do Direito e da Justiça nas relações privadas. Com isso, percebe-se que as atividades notarial e de registro são exercidas preventivamente ao litígio, pretendem impedir o surgimento dos conflitos de interesses, buscando a realização espontânea do Direito.

Centrando este estudo na atividade de registro de imóveis, cabe lembrar que o art. 5.º, XXII, da CF/1988, garante o direito de propriedade, o qual, em se tratando de bens imóveis, adquire-se mediante o registro, consoante dispõe o Código Civil de 2002.⁶⁰

Ao tempo em que a Constituição garante a propriedade, o que se deu como reflexo da opção pelo sistema econômico capitalista, que prestigia a propriedade privada e as liberdades públicas, estabeleceu que a propriedade tem uma função social, ou, na célebre expressão cunhada por Otto Friedrich von Gierke, a propriedade obriga. De fato, a propriedade traz consigo um plexo de obrigações, devendo o proprietário dar utilidade ao seu direito.

Além do imperativo legal, é absolutamente necessário um sistema de proteção da propriedade privada. Basta lembrar do enorme esforço da imensa maio-

59. *Idem*, p. 26.

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

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

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

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.”

ria dos brasileiros com vistas à aquisição da casa própria, que fazem poupança e recorrem a financiamentos de longo prazo para a realização desse maior investimento da vida; na maioria das vezes, trata-se do maior e mais importante investimento nas suas vidas.

Daí a revelação da imperiosa necessidade de um sistema de garantia dessa propriedade imobiliária, o que se dá pelo ato de registro do título aquisitivo. E é pela força da publicidade inerente a esse ato de registro que se dá a expansão eficaz da propriedade, passando a irradiar efeitos na órbita de direitos de terceiros, conferindo ao ato jurídico efeitos *erga omnes*, como bem ressalta Venicio Antonio de Paula Salles.⁶¹

Ainda sobre a amplitude da proteção da propriedade mediante o ato de registro, pontua o mesmo professor “que durante o prazo em que o contrato foi mantido em nível bilateral, qualquer terceiro estaria isento de acatamento das disposições contratuais, e o patrimônio envolvido continuaria respondendo por dívidas do alienante, e não do adquirente, podendo ser validamente apanhado por construção judicial. Entretanto, com o registro, a penhora contra o vendedor consegue ingressar no fôlio se comprovada a ‘fraude’ ou desvio”.⁶²

Nesse passo, fala-se até em uma função social do serviço de registro de imóveis, como a *longa manus* da função social da propriedade. De fato, em se considerando que os direitos devem ser operacionalizados, e a concretização do direito da propriedade se dá com o registro, demonstra-se que o pleno exercício do direito de propriedade dá-se por meio de seu registro. Cabe ressaltar-se que é a certidão imobiliária que identifica o proprietário e possibilita a proteção estatal da propriedade.

Além disso, o adquirente deve publicizar seus negócios imobiliários, como preceitua o art. 1.245 do CC/2002. E, pelo art. 169 da LRP,⁶³ todos os atos de registro *lato sensu* são obrigatórios, o que garante a certeza e a segurança da propriedade imobiliária.

A ausência de registro imobiliário possibilita inclusive a fraude aos interesses dos credores do adquirente. Também por aí se percebe a importância do registro imobiliário para fins de salvaguarda da segurança jurídica dinâmica, nas relações econômicas. Aquele que contrata passa a dispor de um mecanismo

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

62. *Idem*, p. 4.

63. “Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios (...)”

para obter informações sobre a situação patrimonial do seu parceiro negocial, possibilitando-se a tutela externa do crédito, com potenciais reflexos positivos para todo o mercado.

Nesse sentido, a contribuição do serviço registrário à segurança jurídica é elemento do próprio desenvolvimento econômico, necessário até mesmo para promoção da dignidade da pessoa humana. Realmente, o investimento imobiliário, motor que é do desenvolvimento econômico – aspiração do nosso país – e a circulação do crédito, exigem segurança jurídica. O saudável dinamismo do mercado passa pela existência de um confiável sistema de controle de legalidade e legitimidade dos registros imobiliários. Não se imagina que uma metodologia de instrumentos particulares não publicizados possa gerar salvaguarda às transações imobiliárias. A segurança jurídica imobiliária repugna a clandestinidade das negociações.

Desta sorte, percebe-se que a função social da propriedade impõe, também, o registro das transações imobiliárias, e, por conseguinte, da própria função social do registro imobiliário.

Nessa linha de raciocínio, passa a ser criticável o entendimento que prestigia o interesse do adquirente que se valeu de instrumentos particulares quando a escritura pública é da essência do ato ou mesmo na ausência de registro imobiliário dos títulos, por quaisquer motivos. Como já referido, os atos de registro são obrigatórios, e a propriedade gera obrigações.

A solidificação da certeza, segurança e eficácia nas relações negociais imobiliárias provadas, passa pela qualificação registrária, sob a estrita legalidade. Realmente, o registro, para que opere a transferência da propriedade imobiliária, passa pelo exame da própria legalidade do negócio jurídico.

Ao comentar o sistema de registro imobiliário trazido pela Lei 6.015/1973, Afrânio de Carvalho relembra que “o Direito brasileiro adota o princípio de legalidade ou legitimidade, em virtude do qual a validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante”.⁶⁴

Portanto, o princípio da legalidade atravessa transversalmente o registro imobiliário, de forma que todos os atos praticados pelo ofício correspondente pressupõem a adequação à legalidade, desde sua origem até os reflexos para os interessados.

Além do controle de legalidade que envolve o título e seu registro, para que todos possam confiar nos registros públicos, eleva-se a importância da regula-

64. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. São Paulo: Forense, 2001. p. 225.

ridade da escrituração dos atos de molde a que sejam confiáveis e efetivamente garantam a segurança jurídica, como estipula o art. 172 da Lei 6.015/1973.⁶⁵

Debruçando-se sobre esses pontos, Maria Helena Diniz leciona em seu *Sistemas de registros de imóveis*:

“O registro público pretende obter a *segurança jurídica*, pelo aperfeiçoamento do controle dos lançamentos e dos cadastros imobiliários, construindo um repositório de informações, garantido que haja indenização ao titular ou a terceiros pelos danos que lhes forem causados, por risco inerente às deficiências estruturais do sistema. No nosso sistema registrário almeja-se, portanto, um registro seguro, isto é, livre de risco. Esta segurança do assento decorrerá da caracterização minuciosa do bem de raiz, dificultando sua confusão com outro, e da identificação do titular de seu domínio ou dos ônus reais que sobre ele, porventura, recaírem.”⁶⁶

Portanto, em última instância, pode-se ter por premissa que todos os objetivos ou efeitos dos atos de registro imobiliários – matrícula, registro *stricto sensu* e averbação – ligam-se à ideia da segurança jurídica.

Ao lado do sistema registral imobiliário, o Registro de Títulos e Documentos tem a função de autenticação e conservação de quaisquer atos e negócios jurídicos instrumentalizados em forma escrita, garantido sua publicidade e oponibilidade contra terceiros. Destarte, também esse registro está orientado pela busca da segurança do tráfego jurídico.

Com efeito, a segurança jurídica está umbilicalmente ligada à atividade registral como um todo. E, em muitas situações, a garantia legal de publicidade, autenticidade, eficácia, e, fundamentalmente, segurança dos atos jurídicos, pressupõe o registro desses.

Maria Helena Diniz bem aponta que o registro público vem ganhando grande relevância, “pela sua necessidade ou obrigatoriedade para resguardar a estabilidade do domínio, preservar a segurança jurídica e possibilitar a verificação estatal do direito de propriedade, controlando os atos praticados pelo titular no exercício de seus direitos, relativamente a outros titulares.”⁶⁷

65. “Art. 172. 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.”

66. DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

67. Idem, p. 12.

A segurança jurídica estabiliza as relações, protege a confiança e os interesses jurídicos legítimos, evita litígios e proporciona a pacificação social, elementos estes necessários a um ideal de *justiça*. Nesse sentido, a segurança é um dos fatores preponderantes à própria constituição do Direito como elemento organizador da vida social. Não haveria vida social sem uma ordem ou segurança. E só o Direito proporciona a sensação da segurança jurídica e da própria justiça como determinantes da paz social.

Aliás, Almiro do Couto e Silva afirma que a segurança jurídica é a própria justiça. “Justiça e segurança jurídica frequentemente se completam, de maneira que pela justiça se chega à segurança jurídica, e vice-versa”, diz o célebre administrativista.⁶⁸

Segurança jurídica é a certeza dos direitos como fator de paz social. A segurança jurídica significa principalmente a própria segurança dos direitos fundamentais. Foi inclusive declarada como direito fundamental pela nossa Carta Cidadã de 1988.⁶⁹ Não se trata, evidentemente, de um direito individual apenas, mas uma garantia constitucional aos demais direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade e justiça.

O STF assentou, também, que o princípio da segurança jurídica é projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito.⁷⁰

Quanto a esse ponto, Almiro do Couto e Silva esclarece que as ideias de segurança jurídica e justiça são elementos estruturantes do Estado de Direito.⁷¹ De fato, Estado de Direito e segurança jurídica são ideias que se completam. A segurança jurídica é valor fundante do Estado de Direito.

Sob a ótica da pacificação das relações, da justiça e da segurança jurídica, objetivos primordiais do Estado de Direito, verifica-se, portanto, a relevância das atividades registras. Com efeito, a missão do registro é a de dotar de certeza e segurança os atos, os fatos e as relações jurídicas.

68. SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. vol. 84. p. 46-63. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1987.

69. “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

70. MS 24.448/DF, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 14.11.2007.

71. *Idem*.

Os atos de registro quanto a imóveis são objeto do direito registral, um conjunto de princípios e regras de direito público, orientadoras da ação do titular do serviço “na sua função de registrar o imóvel, baseando-se em negócio jurídico a ele referente e compreendendo, materialmente, a transformação dos direitos sobre bens de raiz, em particular, sua aquisição”.⁷²

Socorrendo-nos, mais uma vez, da lição de Maria Helena Diniz, a matrícula caracteriza, confronta e individualiza o imóvel. É o ato cadastral de individualização do imóvel, pelo qual ingressa no registro imobiliário. A todo imóvel deve corresponder uma matrícula, que deverá corresponder exatamente à caracterização e individualização daquele bem.

Todo e qualquer imóvel objeto de título registrável deverá estar matriculado no Livro n. 2 – Registro Geral. Se ainda não houver a respectiva matrícula, deverá ser aberta, obrigatoriamente, quando do primeiro registro (art. 176, § 1.º, da Lei 6.015/1973). Exige-se matrícula prévia como condição necessária para o assento do imóvel. Assim, por exemplo, o registro de penhora ou sequestro do imóvel pressupõe a matrícula, e, se não houver, não poderá consumir-se, pela falta de dados de avaliação da correspondência entre o imóvel constricto e a unidade imobiliária.⁷³

Já o registro *stricto sensu* opera a constituição, transferência ou extinção de direitos reais ou pessoais sobre o imóvel, garantindo sua publicidade e oponibilidade contra terceiros.

Outras ocorrências ou fatos que não constituam direitos reais ou pessoais sobre o imóvel, mas que atingem aqueles direitos, alterando ou extinguindo o registro *stricto sensu*, são objeto de averbação. Em síntese, averba-se tudo o que modifica o registro *stricto sensu*. A importância da averbação reside justamente na publicidade das alterações da situação do imóvel, dos direitos reais ou pessoais sobre ele.

Situada dentro de um ambiente principiológico orientador da atividade de registro imobiliário, há uma cotidiana interação com a prestação jurisdicional, pois é bastante intenso o fluxo de ordens, solicitações, ofícios, comunicações etc., entre os serviços registrares imobiliários e o Judiciário. Tais atos, ora destinados ao juiz, ora ao registrador, ligam-se, próxima ou remotamente, à prática da atividade registral. Atividade esta, que, quanto aos imóveis, abrange, como antes citado, a matrícula, o registro *stricto sensu*, a averbação e a anotação.

72. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 13.

73. Idem, p. 51-53.

São extensos e variados os pontos de contato entre a atividade jurisdicional e a de registro de imóveis, tratados em diversas passagens pela Lei 6.015/1973,⁷⁴

74. “Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I – por ordem judicial

(...)

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais;

(...)

4) do penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com os respectivos pertences ou sem eles;

5) das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis;

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

(...)

23) dos julgados e atos jurídicos entre vivos que dividirem imóveis ou os demarcarem inclusive nos casos de incorporação que resultarem em constituição de condomínio e atribuírem uma ou mais unidades aos incorporadores;

24) das sentenças que nos inventários, arrolamentos e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança;

25) dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento quando não houver partilha;

26) da arrematação e da adjudicação em hasta pública;

(...)

28) das sentenças declaratórias de usucapião;

(...)

34) da desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização;

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

36) da imissão provisória na posse, quando concedida à União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão;

37) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia;

(...)

II – a averbação:

(...)

12) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados;

(...)

14) das sentenças de separação judicial, de divórcio e de nulidade ou anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.

percebendo-se que, ora a Lei dos Registros Públicos disciplina (a) o registro como destinatário da atividade judicial, ora (b) o traz como instrumento para a segurança das partes no processo judicial.

(...)

Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

§ 1.º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

§ 2.º Da decisão tomada no caso do § 1.º caberá apelação ou agravo conforme o caso.

§ 3.º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel.

§ 4.º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.

§ 5.º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.

Art. 215. São nulos os registros efetuados após sentença de abertura de falência, ou do termo legal nele fixado, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente.

Art. 216. O registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução.

(...)

Art. 221. Somente são admitidos registro:

(...)

IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.

(...)

Art. 239. As penhoras, arrestos e sequestros de imóveis serão registrados depois de pagas as custas do registro pela parte interessada, em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, de que constem, além dos requisitos exigidos para o registro, os nomes do juiz, do depositário, das partes e a natureza do processo.

Parágrafo único. A certidão será lavrada pelo escrivão do feito, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega, em cartório, do mandado devidamente cumprido.

Art. 240. O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

(...)

Art. 247. Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei.

(...)

Art. 250. Far-se-á o cancelamento:

I – em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

(...)

Art. 259. O cancelamento não pode ser feito em virtude de sentença sujeita, ainda, a recurso.”

Na primeira categoria (a), pode-se identificar o próprio registro como o próprio foco irradiador da lide e destinatário final do processo judicial. Assim, por exemplo, as ações em que as partes buscam a declaração da nulidade do registro ou a anulação do ato ou negócio jurídico registrado. Nessa categoria se encontram as sentenças das ações que buscam o cancelamento do registro por razões diversas das invalidades.

Quanto ao ponto, importante notar que quando os atos ou negócios jurídicos não respeitam a legalidade, recaí sobre eles a sanção da nulidade, que pode ser de duas ordens: absoluta ou relativa. A nulidade absoluta decorre de agressão a princípios de ordem pública, de interesse de todos, e retira do ato quaisquer dos efeitos que teria, *ex tunc*. Pode ser invocada por qualquer interessado, pelo Ministério Público e inclusive reconhecida de ofício pelo juiz. Não é sanável. Já a nulidade relativa ou anulabilidade decorre de negócio inquinado de vício que lhe determina a ineficácia, mas pode ser convalidada. A declaração judicial da ineficácia opera *ex nunc* e tutela o interesse privado, pelo que não pode ser conhecida *ex officio*. As nulidades do registro também podem ser absolutas ou relativas, dependendo de decisão judicial. Contudo, o registrador não tem legitimidade para propor tal demanda que visa à declaração da nulidade.

E de outro lado (b) estão as ordens de registro de penhoras,⁷⁵ indisponibilidades, arrestos e sequestros; das citações em ações reais ou pessoais reipersecutórias;⁷⁶ dos julgados de ações de divisão e demarcação; das sentenças dos inventários, arrolamentos e partilhas; a arrematação, adjudicação e declaração de usucapião; desapropriação e imissão provisória na posse; e sentenças declaratórias da concessão de uso especial para moradia. O registrador cumprirá também ordens para a averbação das decisões judiciais quanto aos atos ou títulos registrados ou averbados, bem como do divórcio e anulação de casamento, com suas partilhas de imóveis. Nessas hipóteses, o registro complementa a publicidade da decisão judicial e proporciona a segurança jurídica quanto aos atos registrados e averbados. Portanto, aqui, funciona o registro

75. Segundo o Código de Processo Civil, o ato seria de averbação, de acordo com o § 4.º do art. 659 do CPC: “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial”.

76. Poder-se-ia apontar que o ato seria de averbação, já que a citação em ação real ou pessoal reipersecutória não constitui direito quanto a imóvel.

como notável peça do mecanismo de justiça, atuando de forma complementar à prestação jurisdicional.

Além desses enfoques, o interesse na segurança jurídica e na justiça advindas dos precisos registros imobiliários residirá, também, em matéria indígena,⁷⁷ agrária,⁷⁸ e ambiental, com a correta identificação de áreas especialmente protegidas, pelo que já se fala numa função socioambiental do registro de imóveis.⁷⁹

3.2 *Uma investigação sobre o futuro do relacionamento entre a atividade registral imobiliária e a jurisdição executiva fiscal*

Na linha do já exposto, a Constituição impõe ao Estado e garante a todos os cidadãos a realização do Direito e a distribuição da Justiça. A função jurisdicional deve ser exercida mirando a realização dos objetivos impostos pela nossa Carta Política. Com efeito, a jurisdição deve refletir os ideais eleitos pelo nosso constituinte, dentre os quais se destaca a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária (art. 3.º da CF/1988). A Justiça e a pacificação social são, portanto, premissa básica da atuação jurisdicional.

Nada obstante, o direito fundamental de acesso à Justiça não veda o manejo de equivalentes jurisdicionais ou substitutivos da jurisdição, dentre os quais a solução arbitrada é exemplo já antigo entre nós, como recorda o Min. Athos Gusmão Carneiro.⁸⁰ Na mesma linha, o STF tem entendido constitucionalmente válidas, mesmo diante da cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional, a execução extrajudicial dos contratos do Sistema Financeiro da Habitação (Dec.-lei 70/1966), bem como a liquidação extrajudicial das instituições financeiras. Portanto, há bastante tempo o Brasil vem adotando meios alternativos à jurisdição.

Nesse contexto de busca de vias alternativas para a realização da Justiça, a conciliação dos interesses contrapostos, mediante concessões recíprocas das partes litigantes, vem ganhando importância cada vez maior, a ponto de significar para alguns um *novo tempo* do Judiciário. A propósito disso, foi

77. STF, Pet 3.388, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 30.06.2010.

78. STF, MS 22.794/PR, Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* 05.11.2004.

79. MELLO, Marcelo Augusto Santana de. O meio ambiente e o registro de imóveis. In: JACIOMINO, Sérgio; MELLO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asis Palácios (coords.). *Registro de Imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

80. *Idem*, p. 45-49.

instituída a Semana da Conciliação pelo Conselho Nacional de Justiça, e o TRF-4.^a Reg. implantou Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscon, dedicados à solução de conflitos pré-processuais e processuais mediante a conciliação.⁸¹

Esses meios substitutivos da jurisdição afirmam-se no contexto do nosso ordenamento tanto mais quanto efetivamente promovam a realização dos valores constitucionais e do direito positivo entre os contendores.

Hoje há uma tendência e até mesmo uma necessidade de se desjudicializarem as relações privadas e os conflitos. Como também pontua Vicente de Abreu Amadei, “nas patologias jurídicas das relações humanas, a tendência moderna é criar mecanismos simples, céleres e intermediários de solução dos conflitos, evitando, com isso, a sobrecarga do Poder Judiciário”.⁸² Nesse sentido, estão sendo cada vez mais aceitas novas formas de pacificação das controvérsias, como a conciliação, arbitragem, compromissos de ajustamento de conduta, jurisdição administrativa etc., a ponto de hoje se estudarem os meios alternativos à solução de conflitos como nova e importante categoria jurídica.

De fato, a Lei 10.931/2004 regulamentou a retificação dos registros imobiliários pela via administrativa, diretamente pelo oficial encarregado da serventia extrajudicial, a pedido do interessado, em procedimento consensual. Nesse sistema, a retificação busca a adequação da matrícula, registros e averbações à realidade do imóvel, sem qualquer inovação dominial. Os arts. 212 a 214 da Lei 6.015/1973 estipulam que se o registro ou a averbação são omissos, imprecisos ou não exprimirem a verdade, o interessado poderá requerer a retificação diretamente ao oficial do registro de imóveis competente, sem prejuízo da viabilidade da ação judicial. Nessa via, a retificação administrativa é adequada, especialmente, àquelas situações de omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título, indicação ou atualização de confrontação, indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais, e alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro. De qualquer sorte, a retificação dependerá do consenso entre os interessados nos dados do registro. Assim, no caso de retificação das linhas divisórias, todos os confrontantes deverão anuir com as alterações, ou, em havendo impugnações não resolvidas consensualmente, na

81. Res. 15, de 14.03.2011.

82. AMADEI, Vicente de Abreu. Serviço de protesto de títulos deve ser extinto? In: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 118.

via administrativa, o caso será submetido à avaliação judicial, cabendo ao juiz decidir, o que se dará especialmente quando esta versar sobre o próprio direito de propriedade de algum dos envolvidos.

Assim, as situações de retificação de registro sem qualquer controvérsia serão examinadas e decididas pelo registrador, que, como profissional do Direito, está, em princípio, plenamente capacitado para essa atividade. E, nesse contexto, o procedimento retificatório administrativo contribui para a preservação dos legítimos interesses envolvidos, a realização espontânea do Direito, e a prevenção de litígios.

Sabe-se que a irregularidade registral do imóvel retira grande parte do seu valor, e, uma vez, lançado a tal situação, os potenciais interessados deixavam de promover as ações judiciais pertinentes. Desse modo, a incorreção do registro da propriedade imobiliária acabava por vulnerar o próprio direito, porquanto o imóvel perde utilidade jurídica.

A nova via aberta pela inovação legislativa, mediante consenso dos envolvidos certamente possibilitará um ganho de segurança jurídica.

Ao lado da via judicial, avulta-se, hoje, a importância de meios alternativos de distribuição de Justiça. Nesse contexto, a solução administrativa para os anseios dos cidadãos é de grande valor para a realização da segurança e certeza jurídicas, pressupostos do próprio Estado de Direito. Aqui, portanto, revela-se a utilidade do serviço registral, de si só, para a salvaguarda dos interesses legítimos dos cidadãos, na busca do ideal de segurança e justiça estabelecido pela Constituição.

Também materializando essa tendência de realização dos direitos de forma não jurisdicional, a Lei 11.977/2009, em seu art. 50, estruturou a via administrativa para o reconhecimento rápido e eficaz *in concreto* de usucapião, sem qualquer intervenção judicial, beneficiando população de baixa renda.⁸³

Além disso, acredita-se que o novo Código de Processo Civil transferirá ao serviço de registro imobiliário novas tarefas antes de competência jurisdicional, incumbindo-lhe de promover procedimentos demarcatórios e outras funções que não envolvem litígio.

Portanto, o futuro será de uma aproximação entre a função jurisdicional e a atividade registral, com transferência de tarefas entre as instituições e uma atuação mutuamente colaborativa, com vistas à melhor resposta à sociedade.

83. SALLES, Venício. Usucapião administrativa – Lei 11.977, de 2009. Disponível em: [<http://registradores.org.br/usucapiao-administrativa-lei-119772009/>].

Também o serviço público de registro de imóveis passará por substancial transformação, ingressando definitivamente na era digital por imposição da Lei 11.977/2009. Esse diploma, além de instituir o Programa Minha Casa, Minha Vida e dispor sobre outras questões de interesse de ocupação urbana, criou um sistema de registro de imóveis eletrônico.⁸⁴ Referida Lei exigiu a digitalização de todos os documentos apresentados ao registrador bem como a manutenção de serviço de recepção de documentos em via eletrônica. O recebimento de documentos na via eletrônica deverá estar disponível 24 horas por dia, com garantia de autenticidade do documento. Após a digitalização dos registros já existentes e implementação do registro eletrônico,⁸⁵ as serventias extrajudiciais deverão disponibilizar ao Poder Executivo Federal, através de meio eletrônico e gratuito, o acesso a todas as informações constantes em seu banco de dados. Também as certidões poderão ser obtidas pelos interessados por meio eletrônico.

84. “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 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 registrares 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.

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 Executivo federal, por meio eletrônico e sem ônus, o acesso às informações constantes de seus bancos de dados, conforme regulamento.

(...)

Art. 45. Regulamento disporá sobre as condições e as etapas mínimas, bem como sobre os prazos máximos, a serem cumpridos pelos serviços de registros públicos, com vistas na efetiva implementação do sistema de registro eletrônico de que trata o art. 37.”

85. O art. 3.º da Lei 12.024/2009 permitiu a dedução das despesas e investimentos com a informatização da base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.

Apenas para ilustrar, no âmbito processual, a Lei 11.419/2006 previu a viabilidade de armazenamento eletrônico dos livros cartorários e demais arquivos dos órgãos integrantes do Poder Judiciário: “Art. 16. Os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico”.

Sobre essas inovações, comenta Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza:

“A adoção de meios informáticos em todas as áreas de atuação profissional é questão de tempo. Informatização passou a ser uma necessidade, e sua utilização nos serviços registrais e notariais antecedeu a qualquer determinação legal. Os sistemas informatizados já estão presentes em muitos registros públicos brasileiros há diversos anos, por iniciativa dos delegatários, que desenvolveram, às suas expensas, programas que atendem com segurança às necessidades dos serviços que prestam.

Também nos tabelionatos, a utilização dos programas de computador é corriqueira.

Restava tão somente a determinação legal para que os livros e as fichas físicas que os substituem pudessem ser definitivamente aposentados, com o reconhecimento expresso da validade do registro eletrônico.”⁸⁶

Por sua vez, Rodrigo Oppitz Alves aponta a falta de intercomunicação e interoperabilidade dos registros públicos:

“A dinâmica da sociedade mudou e, por consequência, os notários e registradores devem se adequar para atender a esta nova demanda. Não é mais concebível que o usuário percorra inúmeras unidades, numa verdadeira maratona perversa, realizando ‘buscas individualizadas’ de uma informação que pode ou não ser existente.

Em pouco tempo não se admitirá num Poder Judiciário cada vez mais virtualizado e informatizado que o Juiz emita ‘comunicados’ disparados a inúmeras unidades a fim de, num prazo de aguardo de até 30 dias, tenha a simples informação da existência ou não de um assento de nascimento, por exemplo.”⁸⁷

A produção dialética de atos e documentos processuais na via eletrônica já é realidade no âmbito do Judiciário, e também assim haverá de ser nos serviços de registros públicos. Com efeito, o encaminhamento e protocolo de docu-

86. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Protocolo eletrônico no registro imobiliário. Disponível em: [www.cabofrio1oficio.com.br/artigos/Protocolo-eletronico-no-registro-imobiliario.pdf].

87. ALVES, Rodrigo Oppitz. Notários e registradores e os desafios dos novos tempos – Possibilidade e necessidade de uma “organização virtual”. Disponível em: [www.arpenrio.com.br].

mentos para registro deverão ser viabilizados em meio inteiramente eletrônico. E como consequência da digitalização dos registros já existentes e da efetiva implementação do sistema eletrônico será uma maior acessibilidade dos dados de interesse público.

Mas não é só. Além da disponibilidade dos dados ao Poder Público, percebe-se a necessidade de avanço na linha da operabilidade entre os atos jurisdicionais e registrais. Realmente, as inovações tecnológicas deverão permitir uma interatividade entre Judiciário e sistemas de registros públicos.

No curso das execuções fiscais realizam-se os mais diversos atos executivos – penhora, avaliação, depósito, leilão, arrematação, adjudicação etc. –, cujos efeitos refletem-se sobre a atividade de registro de imóveis. E, de outro lado, muitos atos praticados pelos oficiais de registros de imóveis – registro, averbação, qualificação, impugnação etc. – repercutem inegavelmente sobre o destino da execução fiscal. As repercussões dos mais diversos atos produzidos por tais atividades – de registro e jurisdicional – bem demonstram, portanto, a conveniência de um canal de comunicação e acesso livre de óbices despropositados.

Em São Paulo, considerando as alterações na legislação processual e os reflexos da informatização do processo judicial sobre os serviços notariais e de registro, especialmente quanto à comunicação oficial dos atos processuais formados em meio digital, o Tribunal de Justiça regulamentou a recepção em tabelionatos e ofícios de registro, para os fins necessários, os documentos eletrônicos oriundos do Poder Judiciário.⁸⁸ Além disso, já há experiência bastante exitosa de transmissão de ordens judiciais aos Registros de Imóveis para fins de averbação de penhoras nas matrículas dos imóveis dos executados, o que já viabilizou a construção *on line* tal qual existe hoje para os ativos financeiros (convênio Bacen-Jud).

Consolidando essas práticas, a Corregedoria Geral do TJSP editou novo provimento disciplinando as práticas na via eletrônica que permitirão uma maior interação entre as atividades jurisdicional e de registro imobiliário.⁸⁹

Com base no que dispõe hoje o parágrafo único do art. 17 da Lei 6.015/1973,⁹⁰ o acesso ou envio de informações aos registros públicos poderão ser realizados por meio da rede mundial de computadores (Internet), mediante assinatura

88. Art. 1.º do Provimento 29/2007.

89. Provimento CG 4/2011.

90. “Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

Parágrafo único. O acesso ou envio de informações aos registros públicos, quando forem realizados por meio da rede mundial de computadores (Internet) deverão ser

com o uso de certificado digital emitido segundo os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP.

Muito embora o progresso tecnológico já vivido entre nós, no Rio Grande do Sul ainda não há a disponibilidade de um sistema eletrônico seguro para a transmissão de decisões judiciais ou de certidões dos Registros de Imóveis, sendo necessário, nesse ambiente, a troca de ofícios em meio físico (papel), de forma burocrática e morosa, sem que esta atribua uma maior segurança jurídica aos interessados.

Nada obstante, já há iniciativas decorrentes das necessidades dos órgãos judiciários para a implantação de uma via alternativa ao uso do papel para a comunicação dos atos e decisões judiciais ao sistema de registro de imóveis. Ainda que não construída uma via eletrônica segura o bastante para o fluxo de decisões judiciais e certidões do registro imobiliário, é viável, no mínimo, um convênio entre os diferentes órgãos do Judiciário e os delegatários para que seja possível um intercâmbio de informações através de meio expedito, tal como o e-mail, com as cautelas necessárias quanto à autenticidade e segurança do conteúdo.

4. CONCLUSÕES

Garante a Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Pretende a Carta, com isso, a garantia do exercício da função jurisdicional como protetora de qualquer de qualquer direito contra qualquer ameaça: trata-se do princípio da ubiquidade da Justiça. O Judiciário guarda a Constituição, controlando os atos do Legislativo e do Executivo. Além disso, o exercício do poder jurisdicional solve os litígios com autoridade e soberania dos seus julgados. Trata-se da promessa e garantia constitucional de que o Direito objetivo será aplicado – os direitos serão realizados e respeitados, com a aplicação da norma jurídica pertinente.

O Estado de Direito pressupõe a segurança jurídica e a certeza do próprio Direito; estas são os fundamentos da criação do próprio Estado. Nesse sentido, a violação do Direito chama a intervenção do Estado-juiz, capaz de ajustar a realidade dos fatos aos comandos normativos, resolvendo o conflito, através da prestação jurisdicional. E os sistemas constitucionais de distribuição de Justiça devem ser eficientes na defesa dos direitos.

Além da solução conciliatória e demais meios alternativos para resolução de conflitos, o Poder Judiciário está a cada dia sendo chamado a se engajar na prevenção e solução dos conflitos, inclusive de forma extrajudicial. Assim, a atividade jurisdicional não se limita aos casos específicos que lhe são apresentados, mas também se preocupa em evitar aquela litigiosidade que poderia ter sido perfeitamente solucionada na via administrativa diretamente pelas partes interessadas.

Também a jurisdição executiva está hoje buscando meios que proporcionem uma realização do interesse e do direito do credor. As recentes reformas dos processos de execução procuram a efetividade máxima dos diferentes processos executivos e o rigoroso cumprimento das decisões judiciais. Ou seja, a tônica, hoje, das execuções é a busca de resultados concretos e em tempo adequado, o que exige uma atuação mais enérgica na busca do patrimônio do devedor, em determinados casos.

É importante o melhor engajamento possível dos instrumentos atualmente existentes para a garantia da realização dos direitos. Pretende-se a atuação efetiva do Direito objetivo, mirando-se no objetivo de termos uma tutela adequada para a atuação dos direitos. Assim, por exemplo, antevê-se a utilidade de uma via expedita para a pesquisa de bens imóveis em nome do devedor, interdição de eventuais alienações, inscrição das constrições e futuras expropriações.

As profundas mudanças ocorridas nas relações sociais contemporâneas impõem uma reflexão sobre os modelos de distribuição de Justiça. Ao lado dos meios já existentes para a resolução de litígios, devem ser pensadas estratégias e valorizados instrumentos de controle que previnam o antagonismo entre autor e réu, partindo-se de uma busca de consenso, de forma a se prescindir da intervenção de um terceiro imparcial que venha a proclamar o vencedor e condenar o vencido.⁹¹

Novas práticas administrativo-judiciais poderão fazer a adequação do *real* ao *legal*, ou seja, encurtar a distância entre a legalidade à realidade. Tradicionalmente, a jurisdição era o caminho para o tratamento dos conflitos de interesses. Contudo, a multiplicidade de riscos sociais revela a imprescindibilidade de um engajamento de novas vias de administração de Justiça, tudo para fins de respeito e concretização dos direitos fundamentais.

Hoje, relevam-se as funções sociais do registro de imóveis, que, ao lado de sua função primeira, de tutelar os direitos reais imobiliários e proporcionar

91. SPENGLER, Fabiana Marimon. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária. In: _____; BRANDÃO, Paulo de Tardo (orgs.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito, 2009.

segurança jurídica estática e dinâmica, hoje está engajado no controle fiscal, urbanístico, ambiental, etc, de uma forma sistêmica. De fato, as instituições registrárias servem à validade e eficácia dos negócios jurídicos, à estabilidade e segurança das relações, previnem as fraudes, contribuem para a realização espontânea do Direito e previnem a instauração de litígios, sempre orientados pela legalidade. Portanto, ao lado dos métodos de solução dos conflitos já tradicionais, como a conciliação, avulta a importância do aparato registrário, cada vez mais aproximado da realidade do tráfego jurídico e sintonizado com os anseios da cidadania, confortados pelo arcabouço político-constitucional de 1988.

Os tempos passaram, a sociedade mudou, e os mecanismos de operação da Justiça também deverão acompanhar essas transformações. A era da informação já se faz sentir também nos meios mais tradicionais, como o do Direito. A velocidade das transações jurídicas e a exigência contemporânea de uma resposta praticamente instantânea aos problemas estimula uma necessária desjudicialização dos conflitos. Realmente, uma política de Justiça adaptada aos tempos modernos não pode se fundar exclusivamente no processo judicial, mas também numa diversificação das formas de realização espontânea do Direito.

O sistema público de registro posiciona-se tal como a viabilidade de acesso a um processo administrativo para os envolvidos obterem uma solução não judicial ao caso. De fato, o serviço público de registros emitirá uma solução, orientação ou decisão administrativa sobre a situação que lhe é apresentada pelos interessados. Não se trata, aqui, de se inaugurar um contencioso administrativo não presente no nosso sistema, mas apenas de se considerar a importância do trabalho desses operadores do Direito, especializados nas tarefas que lhes são delegadas pelo Estado.

Acredita-se que apenas uma atuação concertada de todas as estruturas operadoras do sistema jurídico poderá proporcionar a realização do ideal de Justiça que inspira a nossa Constituição.

Nesse sentido, não é apenas o processo judicial que deve ser eficiente, mas sim os mecanismos dispostos pelo ordenamento jurídico como anteparo à instauração dos conflitos. Temos aí o verdadeiro acesso à Justiça: mais do que os balcões do Judiciário abertos à sociedade, mas também, e principalmente, a garantia de respeito ao Direito, de sua realização espontânea, com segurança e certeza.

O instrumento processual eletrônico já proporciona a realização dos ideais consagrados na nossa Constituição, mirando especialmente na ampliação do acesso à Justiça, que se qualifica na realização dos direitos e no respeito às liberdades públicas e à segurança jurídica.

Devemos, contudo, caminhar para a integração dos sistemas processuais e de distribuição da Justiça. Quanto maior a velocidade no fluxo de informações entre os mais diferentes ritos processuais (cível, penal, trabalhista e de execução), ramos da Justiça, Tribunais, graus de jurisdição e órgãos auxiliares, mais eficiente será a prestação jurisdicional. De igual maneira, a melhor interatividade entre as atividades judicial e de registro certamente contribuirá para a prevenção do litígio e a realização espontânea do Direito.

A compatibilidade entre os sistemas eletrônicos é premissa para o cumprimento da promessa de celeridade processual. É urgente o aperfeiçoamento das vias atualmente existentes para o trabalho conjunto entre a atividade jurisdicional e a registral imobiliária.

O intercâmbio eletrônico de atos processuais e de registro por via eletrônica instantânea permitirá uma interatividade entre as searas judicial e extrajudicial, e contribuirá para a realização das suas atividades-fim, bem como proporcionará melhores resultados em tais funções estatais, consistindo em passo rumo à efetivação dos direitos, da segurança jurídica e da Justiça.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função econômica dos sistemas registrais, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 53/13;
- Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade, de Vicente de Abreu Amadei – *RDI* 32/22;
- Fatos históricos e jurídicos determinantes da configuração contemporânea dos serviços notariais, de Gilson Carlos Sant'Anna – *RDI* 65/39;
- Função notarial criadora de direito, de José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa – *RDI* 52/209;
- O atual regime jurídico dos serviços notariais e de registro, de Gilson Carlos Sant'Anna – *RDI* 67/70; e
- Os serviços notariais e registrais e a reforma do Estado brasileiro, de Gilson Carlos Sant'Anna – *RDI* 58/43.

- A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos, de Marcelo Augusto Santana de Melo, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 6, p. 731.

The background features a light gray, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circular shapes. From the center of these circles, numerous thin, light gray lines radiate outwards, creating a complex, web-like pattern that fills the right side of the page. The overall aesthetic is clean and modern.

Pareceres



O CDC E A RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR E DA MUNICIPALIDADE, FRENTE À ASSOCIAÇÃO DE MORADORES

1

ANTONIO CARLOS MORATO

Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e da Faculdade de Direito da FMU. Advogado.

PAULO ROBERTO INOCÊNCIO

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O parecer versa sobre litígio decorrente do desmoronamento de muro, no qual uma associação de moradores visou dirimir dúvidas acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente a construtora ou o município.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do construtor – Responsabilidade civil do município – Associação de moradores – Relação jurídica de consumo.

ABSTRACT: The legal opinion is about lawsuit resulting from the collapse of wall, in which a neighborhood association aimed to settle doubts about the possibility to holt the civil liability of the building firm or the local authority.

KEYWORDS: Civil liability of the builder – Civil liability of the local authority – Neighborhood association – Legal relationship of consumption.

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Considerações gerais – 3. Respostas aos quesitos – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

Consulente: Associação XXX, pessoa jurídica de direito privado, com sede no município de XXX, comarca de XXX, no Estado de XXX.

Tema que foi objeto do parecer: Responsabilidade civil decorrente de ruína de construção envolvendo muro de contenção contíguo ao condomínio.

Ementa: Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) aos contratos imobiliários e responsabilização civil do fornecedor em decorrência de fato do produto e/ou do serviço – validade relativa de convênio celebrado entre a administração pública e a associação de moradores, no que tange à exclusão de responsabilidade administrativa quanto às construções efetuadas no local – Violação à norma principiológica da efetiva reparação de danos (art. 6.º, VI, da Lei 8.078/90) – Legitimidade ativa da consulente e legitimidade passiva da construtora contratada e seus prepostos, bem como da administração pública municipal – Inocorrência de prescrição – Possibilidade de propositura de ação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e no Código Civil (Lei 10.406/2002) – Prescrição afastada, não obstante a existência de longínquo lapso temporal.

1. CONSULTA

Em muito nos honra a associação XXX com consulta jurídica acerca do direito à reparação de danos decorrentes da deterioração de muro de contenção edificado com o propósito de impedir quaisquer deslizamentos de terras e rochas nas encostas existentes nos limites de sua atuação, bem como na identificação dos responsáveis por tal reparação.

Para tanto, formula-nos quesitos, que pretende sejam respondidos fundamentadamente no decorrer deste estudo.

Apresenta-nos, por meio de seu diretor jurídico – Dr. XXX – vários documentos; todos descritivos da controvérsia gerada em razão do desmoronamento.

Palmilhando-os, destacamos os seguintes:

a) Ata de assembleia, data da de 02.03.2004; na qual se lê questionamentos acerca das responsabilidades pelo conserto da derrocada, bem como da partilha das despesas prévias para manter-se a segurança dos condôminos;

b) Contrato padrão de cessão de direitos; que é silente quanto à obrigação de se manter o muro de contenção;

c) Peças processuais relativas à disputa anterior, envolvendo fatos concernentes ao objeto do parecer; travada contra a construtora XXX e a empresa XXX;

d) Regulamento interno do condomínio XXX;

e) Contrato de concessão de uso, celebrado entre a municipalidade e a consulente; segundo a Lei municipal 2.071/1998.

f) Correspondência encaminhada à consulente, firmada pelo Dr. XXX, informando a improcedência da ação ajuizada.

g) Laudos periciais confeccionados pelo engenheiro XXX (contratado pela consulente), XXX (perito judicial nomeado nos autos da ação XXX/XX – ord.), XXX (vistoria XXX), XXX (perito judicial nomeado na ação de n. XXX/XX) e XXX (engenheiro contratado pela consulente).

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Houve propositura de ação manejada pela consulente em face da construtora XXX e da empresa XXX; esta na qualidade de litisdenunciada.

Em tal ação, as rés argumentaram que o problema remontava ao ano de 1983, sustentando a prescrição da pretensão da consulente, o que seria descabido, em nossa visão, ainda que tomássemos como parâmetro tal termo inicial para a contagem do lapso temporal, vez que o próprio STJ por meio da súmula 194 reconheceu que “prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra”.

A questão, naquele momento, era obviamente incontroversa, pois não se discutiam ainda as repercussões decorrentes da vigência do novo Código Civil (Lei 10.406/2002) na responsabilidade civil do construtor.

No objeto da ação, houve a constatação de que o muro de contenção que delimita o condomínio sofreu deterioração parcial e, de acordo com laudo encomendado pela consulente, foi detectado que a construção realizou-se em local com excesso de água, o que prejudicaria a vida útil dos tirantes essenciais à conservação de tal muro.

No mesmo laudo, foi verificada manutenção precária do sistema de drenagem e, na mesma linha, um laudo da Companhia de Saneamento Básico do Estado de XXX (XX) apontou precariedade no estado do solo, o que interferiu diretamente na precariedade das construções. Lembra-se, entretanto, que tais laudos fizeram remissão à época da edificação.

Outro laudo solicitado pela consulente observou que houve falha no serviço prestado pela construtora, constatando ainda o perito judicial que houve rompimento dos tirantes por excessivo desgaste, o que sobrecarregou os demais.

A demanda foi concluída mediante um acordo celebrado entre a consulente e as rés, sendo os reparos executados pela construtora XXX.

Todavia, houve novamente ruína de parte do muro de contenção no ano de 2004, noticiando em 2005 o jornal de circulação interna no condomínio, editado pela consulente, que “a obra do muro encontra-se em fase final”, pois “todos os serviços de tirantes de reforço e serviços complementares foram concluídos junto ao muro do setor A e B” (“o 3 é demais” edição de abril de 2005, n. 17).

À primeira vista, pareceria existir correlação entre os fatos narrados, mas não poderíamos excluir *a priori*, que outras falhas tenham ocorrido quando da execução da construção ou do próprio conserto realizado após o acordo e que não constatou falhas em outros pontos do muro, o que só poderia ser verificado por novas perícias; o que excederia o objeto do presente parecer, já que limitado às peculiaridades jurídicas do caso.

Assim sendo, tomaremos como parâmetro o fato de que houve um segundo momento de deterioração do muro, cuja ocorrência excederia os limites da primeira ação, posto que superveniente à mesma.

Partindo de tal premissa, seja em um primeiro ou em um segundo momento, assinalamos que a construtora XXX, na contratação de seus empregados ou de seus intermediários para a execução dos serviços de manutenção (como foi o caso da empresa XXX) ou ainda nos materiais empregados nas construções por ela realizadas, encontra-se diretamente vinculada aos fatos narrados, bem como sujeita às normas jurídicas que regulam a questão (notadamente o CDC e o CC).

Inicialmente, contudo, faremos breve menção a respeito da atuação dos engenheiros e arquitetos responsáveis pela construção e pelo empreendimento como um todo, pois cabe ressaltar que a Lei 5.194, de 24.12.1966, que regulou o exercício de tais profissões dispôs, em seu art. 22 que “ao autor do projeto ou a seus prepostos é assegurado o direito de acompanhar a execução da obra, de modo a garantir a sua realização de acordo com as condições, especificações e demais pormenores técnicos nele estabelecidos”.

Além da lei mencionada, esclarecemos que o Código de Ética Profissional da Engenharia, da Arquitetura, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia, adotado por meio de resolução de 21.11.2001, também versou sobre a responsabilidade desses profissionais.

Assim, é dever tanto do profissional de engenharia como do arquiteto, de acordo com o art. 10, III, *e*, nas relações com os clientes, empregadores e colaboradores não “descuidar com as medidas de segurança e saúde do trabalho sob sua coordenação”; defeso também a tais profissionais (nos termos do mesmo artigo, no inc. V, *a*) perante seu meio “prestar de má-fé orientação, propos-

ta, prescrição técnica ou qualquer ato profissional que possa resultar em dano ao ambiente natural, à saúde humana ou ao patrimônio cultural”.

Disso resulta manifesta a obrigação do profissional responsável pelo projeto, tanto no sentido de acompanhar o resultado de seu trabalho intelectual como no dever de garantir no mesmo a segurança dos destinatários da empreitada para a qual foi contratado.

Como observou apropriadamente Rui Stoco, “o primeiro dever legal de todo profissional ou empresa de engenharia e arquitetura é assegurar e responder pela perfeição da obra, ainda que essa circunstância não conste de qualquer cláusula contratual, pois é inerente ao serviço contratado”.¹

No passado, ainda sob a égide do CC/1916, discutia-se a questão à luz da responsabilidade civil exclusivamente fundada na culpa, mesmo quando o dano envolvia de forma direta a empresa responsável pela contratação do profissional, seja por meio da utilização de conceitos como a da negligência na contratação do profissional (que, muitas vezes, revelava-se imperito), o que caracterizava culpa na escolha do mesmo (culpa *in eligendo*) ou mediante negligência na fiscalização dos trabalhos desenvolvidos que denotavam, também muitas vezes, comportamento imprudente do profissional em sua atividade (culpa *in vigilando*).

Desde o advento da Lei 8.078/1990 (CDC), tal concepção tornou-se completamente ultrapassada, em decorrência da objetivação da responsabilidade das empresas que exploram atividades econômicas (nela incluídas as do setor de construção, como observaremos no momento oportuno) e, dessa maneira, ainda que preservada a responsabilidade fundada em culpa (responsabilidade subjetiva) dos profissionais liberais (engenheiros e arquitetos incluídos) no art. 14, § 4.º, a regra passou a ser a da objetivação da responsabilidade (por meio da assunção do risco pelas empresas de engenharia), tal como consta no *caput* do art. 14 da lei mencionada.

Além disso, atualmente a responsabilidade contratual é muito mais ampla, porque extravasa os limites estritos do instrumento contratual, pois inclui todos os folhetos entregues ao consumidor durante o período de oferta do bem imóvel, que passam a ser considerados como cláusulas contratuais, nos termos dos arts. 30 e 48 do CDC e, nesse sentido, retomamos a observação de Rui Stoco, quando este afirmou que independe de cláusula contratual a responsabilidade do construtor por ser inerente ao serviço contratado, o que contribui para

1. Cf. Rui Stoco. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 160.

a responsabilização das empresas construtoras que, normalmente, prestam informações em desacordo com os imóveis oferecidos, seja quanto à edificação ou quanto ao terreno em que a construção foi realizada.

Em tal contexto, e ainda de acordo com os dispositivos do CDC² mencionados no parágrafo anterior, lembramos que a própria construtora XXX, disponibilizou em seu site na Internet um Código de Ética que assegura que, nas relações com os clientes (item 4 do Código de Ética em questão), este seria “a pessoa mais importante da empresa e é ele quem sustenta o seu trabalho, merecendo, por isso, toda a atenção e respeito”, pois não “se deve apenas atender às suas expectativas e sim encantá-lo por meio da superação dessas expectativas”.³

No que tange à atuação estatal, que não será descuidada no presente parecer, em razão do convênio celebrado com a prefeitura de XXX, ressaltamos que, seja qual for o ente federado (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal) não é facultado à administração pública convencionar acerca da incolumidade física dos administrados, sendo vital, para o caso narrado, resgatar a lição do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, para quem tal responsabilização, “é de natureza legal, e, mais que isso, é de ordem pública, pois que interessa a toda a coletividade”; vez que, resultando do ordenamento jurídico, “independentemente de cláusula que a consigne”, não admitirá “modificações pela vontade das partes”, sendo originariamente “do construtor – profissional ou empresa – mas pode estender-se ao autor do projeto, ao fiscal e ao consultor da obra, e até ao proprietário ou à administração contratante, quanto a lesão atingir vizinhos ou terceiros, vítimas da insegurança da obra particular ou pública”.⁴

Essa pareceu também a visão adotada pelo magistrado, que sinalizou, em decisão na ação mencionada, para a responsabilidade estatal decorrente do art. 22 da Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e que determina que “desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços, livres e as áreas destinadas a edifícios

2. Tais dispositivos legais asseguram, tanto no momento da oferta (por meio das mensagens publicitárias, caso do art. 30 do CDC) como no da fase final de contratação (onde se incluem quaisquer folhetos ou informação disponibilizada pelo fornecedor, de acordo com o art. 48 do CDC), uma interpretação ampla do que vem a ser cláusula contratual contemporaneamente.

3. Disponível em: [www. xxxxxxxx]. Acesso em: 20.10.2006.

4. Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 244.

públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

Logo, a questão que nos foi submetida revela um entrelaçamento de responsabilidades, que vão desde a idealização do projeto do muro de contenção até sua manutenção em decorrência do respeito às normas de ordem pública que acarretam responsabilidade tanto para as empresas responsáveis pela construção como também para a própria administração pública municipal.

Efetuadas as considerações gerais a respeito da questão, passamos a analisar no próximo tópico os quesitos formulados pela consulente e que serão o objeto principal de nossas reflexões.

3. RESPOSTAS AOS QUESITOS

Há relação de consumo entre os adquirentes dos imóveis localizados no conjunto residencial XXX e a construtora XXX?

Indaga a consulente se existiria relação de consumo na aquisição dos imóveis do conjunto residencial XXX, ao que respondemos que a questão deixa de envolver situação jurídica complexa em razão de simples análise do ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 8.078/1990 (CDC) é de clareza exemplar, ao dispor que, entre as atividades desenvolvidas pelos fornecedores encontra-se a “construção” (art. 3.º, *caput*) e que, dentre os fornecedores responsáveis pela reparação de danos está o “construtor” (art. 12, *caput*).

Ensinou Sérgio Cavalieri Filho que “não há como negar que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do art. 3.º do CDC”, pois quando o mesmo “vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma obrigação de dar coisa certa e isso é da essência do conceito de produto; quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada quer por administração, assume uma obrigação de fazer, o que se ajusta ao conceito de serviço” e, em razão dessa obrigação ser assumida diante de alguém “que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para poder fazer dela a sua moradia e de sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código do Consumidor porque as suas normas são de ordem pública”.⁵

5. Cf. Sérgio Cavalieri Filho. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. RDC 26/230-231.

Outrossim, Carlos Roberto Gonçalves mencionou a preponderância dos contratos de consumo entre os contratos de construção, dizendo que “desde a entrada em vigor do CDC, as relações jurídicas entre as partes contratantes, nos contratos de empreitada que constituíam relação de consumo, passaram a ser reguladas diretamente por aquele diploma, a ponto de serem destacadas do Código Civil de 1916”, que passou a ter um caráter meramente subsidiário em face da Lei 8.078/1990 e, mesmo “o novo Código Civil, que é posterior àquele e disciplinou o contrato de empreitada, aplica-se aos contratos celebrados entre particulares, que não configuram relações de consumo”.⁶

Logo, seja por texto expresso presente no CDC, seja em decorrência dos ensinamentos doutrinários, seria completamente descabido defender a inexistência de contrato de consumo na relação jurídica estabelecida entre o construtor e os consumidores, sendo evidente, no caso concreto, a aplicação da lei protetiva ao contrato celebrado entre a construtora XXX e os adquirentes dos imóveis localizados no residencial XXX, o que abrange igualmente as construções realizadas em áreas comuns ou consideradas como públicas, posto que as construções em tais áreas derivaram diretamente da atuação da construtora XXX.

Existe responsabilidade civil da construtora XXX em razão da deterioração do muro de contenção contíguo à área de XXX?

Como frisamos no quesito anterior, há plena aplicabilidade do CDC às construtoras e, no caso específico da deterioração do muro de contenção, temos ainda a possibilidade de considerar como consumidores não só os moradores de XXX, mas ainda as vítimas de eventual acidente de consumo que ocorra em razão de novo desmoronamento, eis que, de acordo com as informações prestadas toda a área está em risco.

Isso porque o art. 17 do CDC, ao equiparar aos consumidores toda e qualquer vítima do evento, assinala que consumidor não é apenas quem adquire ou utiliza o bem como destinatário final (art. 2.º, *caput*), mas também o que sofre o chamado *acidente de consumo* (chamado também de fato do produto ou do serviço) pode alegar a responsabilização civil da construtora.

A responsabilização deriva dos riscos da atividade desenvolvida pela construtora e, como assinalou Carlos Alberto Bittar, a teoria da responsabilidade

6. Cf. Carlos Roberto Gonçalves e Antonio Junqueira de Azevedo (coords.). *Comentários ao Código Civil: parte especial – Do direito das obrigações (artigos 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 11, p. 239.

está relacionada “à liberdade e à racionalidade humanas, que impõem à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes” e, “nesse sentido, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo fático, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações, que, quando contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, ao atingir componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem”.⁷

Como bem observou Carlos Roberto Gonçalves, ainda que com a vigência do CC/2002, “a responsabilidade das construtoras em geral (pessoas jurídicas) continua sendo objetiva, pelos danos causados ao consumidor, tanto pelo fato do produto ou do serviço como pelo vício do produto ou do serviço, nos termos dos arts. 12, 14, 18 e 20 daquele diploma”, observando-se que a proteção conferida pelo CDC apresenta caráter mais amplo, “considerando-se que o construtor responde objetivamente quer se trate de obra de vulto ou de pequeno porte, quer o defeito diga ou não respeito a sua solidez e segurança”.⁸

Hely Lopes Meirelles ensinou que “desabamento é a queda de construção por desequilíbrio ou ruptura dos elementos de sustentação” e desmoronamento “a derruição de obra da natureza ou de realização humana, por desagregação ou deformação de suas estruturas, como ocorre nos morros e aterros que se esboroam”.⁹

O mesmo autor, louvando-se nos ensinamentos de Telêmaco Van Langendonck, Professor da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, afirmou que a ruína de uma estrutura ocorre “quando se dá a ruptura de um de seus elementos ou quando estes se deformam além de um certo limite compatível com a finalidade da estrutura”, sendo também possível que a ruína aconteça “quando a solicitação da estrutura for de tal intensidade que à sua forma primitiva deixe de corresponder um equilíbrio estável, o qual passa a ser instável, dando-se a flambagem da estrutura ou de seus elementos”.¹⁰

Assim, no presente caso, estaríamos diante de hipótese de ruína da estrutura do muro, situação que gera a responsabilização da construtora que realizou os trabalhos de edificação.

7. Cf. Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil: teoria & prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2.

8. Cf. Carlos Roberto Gonçalves. Op. cit., p. 239-240.

9. Cf. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 268.

10. Cf. Telêmaco Van Langendonck em *Curso de mecânica das estruturas: resistência dos materiais – Tensões* apud Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 271-272.

Portanto, quanto ao fato analisado, seria necessário informar aos adquirentes das unidades residenciais em XXX que existiam problemas no solo e que isso traria graves consequências, tanto no âmbito patrimonial como no extrapatrimonial, já que moradores e vizinhos do condomínio estão sujeitos a risco nas áreas contíguas ao muro de contenção.

Como salientou o jurista francês Pizzio, há plena aplicabilidade do *dever de informar* seja na aquisição de bens móveis como imóveis (tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídico francês), existindo a necessidade de que exista a informação sobre os riscos de utilização do bem, notadamente pelo fato de que estes surgirão após a conclusão do contrato.¹¹

No Direito Brasileiro, com simplicidade exemplar, Luiz Antonio Rizzatto Nunes asseverou que “informação é elemento inerente ao produto (e ao serviço)” e, “dessa maneira, o consumidor pode sofrer dano por defeito não necessariamente do produto, mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe ou, ainda, pela falta da informação” e, ainda que “a lei não mencione esta última hipótese”, “ela é decorrente das outras duas”, vez que “se

-
11. “L’information sur les biens, les produits ou services est due avant la conclusion du contrat afin d’éclairer le consentement du consommateur et lui permettre de faire jouer la concurrence par une bonne perception du rapport qualité-prix. Cette obligation appartient à la catégorie des obligations précontractuelles de renseignement qu’il ne faut pas confondre avec les obligations contractuelles de renseignement portant sur l’exécution du contrat, par exemple sur les risques d’utilisation du produit, qui sont en principe postérieures à la conclusion du contrat. Cette distinction, assez superficielle car en réalité l’information est pratiquement toujours donnée au moment de la formation du contrat, a toutefois des conséquences juridiques sur la nature de la sanction applicable en cas d’inobservation de ces obligations. Alors que la violation d’une obligation précontractuelle de renseignement est susceptible d’entraîner la nullité du contrat, la violation d’une obligation contractuelle de renseignement met en jeu la responsabilité contractuelle de son auteur et donne lieu s’il y a préjudice, à des dommages et intérêts.(...) L’information doit porter sur les caractéristiques essentielles des biens, meubles et immeubles, ou des services que le texte ne définit pas. Il convient donc de se reporter, pour appréhender le contenu de cette information, à la ‘jurisprudence de droit commun qui est mis à la charge du professionnel, en s’appuyant sur la théorie des vices du consentement, une obligation précontractuelle de renseignement. Cette obligation est née de l’extension du dol, visant initialement les manœuvres destinées à tromper, à la simple réticence, consistant dans la dissimulation intentionnelle de certains renseignements. Au vu de cette jurisprudence, il faut entendre par caractéristiques essentielles celles qui déterminent le consentement du consommateur” (Cf. J. P. Pizzio. *Code de la Consommation Commenté*. Paris: Montchrestien, 1995. p. 72).

informação insuficiente pode causar dano, sua ausência total, por mais força de razão, também”.¹²

Muito mais grave do que a hipótese levantada por esse jurista e magistrado é que, no caso concreto, foi somada a inexistência de informação com o dano causado não por má utilização dos adquirentes, mas por problemas do próprio solo em que o muro de contenção foi construído e, se houvesse tal informação naquele período, muitos dos adquirentes dos imóveis do condomínio teriam hesitado em celebrar contratos de compra e venda dos lotes oferecidos.

Assim, também inequívoca a responsabilização civil da construtora XXX que, além de não cumprir com o dever de informar, sendo diretamente responsável pelo dano pela própria escolha do terreno em que foi edificado o muro (tal como consta dos laudos encaminhados), ainda não realizou uma reparação adequada do mesmo, ignorando outros defeitos, o que fez surgir nova responsabilização pelo fato do produto e/ou do serviço realizado pela XXX (sendo indiferente, neste momento, saber se o dano ocorrido em 2004 derivou de problemas do material empregado no muro ou do serviço da construtora, dada a responsabilidade em cadeia dos fornecedores prevista pelo CDC.

Também não houve a observância do princípio da boa-fé objetiva (art. 4.º, III, do CDC), que exige do fornecedor uma atenção constante para com o consumidor, sendo defeso ao fornecedor alegar o desconhecimento do vício.

Essa constatação deriva do art. 23 do mesmo diploma legal, ao estabelecer que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade” e, parafraseando o já citado Luiz Antonio Rizzatto Nunes, se para o *menos* (qualidade por inadequação) é vedada a exoneração da responsabilização decorrente da atividade desenvolvida, também para o *mais* (qualidade por insegurança) ela não poderá ser admitida.

O convênio celebrado entre a associação XXX e a prefeitura de XXX excluiu a responsabilidade da construtora XXX?

A Lei municipal 2.071/1998 embora inatacável sob muitos aspectos, não pode transferir a responsabilidade pela incolumidade física dos moradores para a consulente.

Se a manutenção de bens situados em área considerada como pública colocar em risco a segurança dos moradores e vizinhos do condomínio, ela não poderá ser transferida para os munícipes representados pela consulente.

12. Cf. Luiz Antonio Rizzatto Nunes. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 262.

Não é o caso específico da consulente, porque a autorização para manutenção do muro derivou de lei municipal, mas é frequente a crítica à utilização de espaço público pelos condomínios de forma geral, notadamente quando fundadas exclusivamente em normas derivadas da convenção de condomínio.¹³

Insistimos que, por ser o direito à segurança um direito transindividual e de natureza difusa, não seria permitido transgredir a respeito da segurança nas edificações, o que, por via indireta, poderia ser aferido do convênio firmado entre a prefeitura de XXX e o residencial XXX.

Apesar da identificação dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) ser relativamente recente, iniciada ainda em 1985, por meio da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), que culminou na Lei 8.078/1990 (CDC) e que hoje é aplicada não só às relações de consumo, mas também a outras áreas (meio ambiente, patrimônio público), devemos aqui resgatar as lições de um mestre que ponderou sobre tais hipóteses muito antes da sedimentação de tal classificação, ainda fundada na noção de normas de ordem pública (tal como o CDC, por expressa disposição que consta do art. 1.º).

-
13. José Carlos de Freitas constatou que “outras normas convencionais têm surgido na seara dos loteamentos. São as relativas aos loteamentos fechados, de acesso controlado ou loteamentos em condomínio, nos quais se convencionam, mediante a formação de uma associação de moradores, o isolamento dos acessos e ruas dos loteamentos com muros, cancelas, guaritas e vigilantes particulares, que controlam a entrada dos não moradores. A associação arrecada prestações mensais dos moradores para custear o pagamento do sistema de segurança e promover a manutenção e limpeza das vias públicas, tudo mediante convenção condominial e assembleias que também estipulam índices de uso e edificação” e, de forma veemente criticou situações comuns em condomínios situados em regiões litorâneas, assinalando que “na verdade, essa forma espúria de ocupação do solo e privatização indevida de áreas públicas (inclusive de praias no litoral, sobre a qual já sustentamos a ilegalidade e inconstitucionalidade, promove a violação de direitos fundamentais (direito de ir e vir, direito à igualdade e à intimidade, direito de associação, direito social ao lazer), não sendo digna de menção para invocar suposto direito com base no art. 1.277 do NCC, pois certas normas convencionais ditam regras condominiais sobre a utilização e manutenção dos espaços públicos dos loteamentos (ruas, áreas verdes e de recreio, áreas institucionais, etc.), sendo juridicamente impossível a instituição de condomínio, à base da Lei n. 4.591/1964 (ou de dispositivos similares que regem a copropriedade, em rua ou loteamento regular)” (Cf. José Carlos de Freitas. *Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 176-177).

Falamos aqui do saudoso Hely Lopes Meirelles, que ensinava, em primeiro lugar, que a responsabilidade do construtor não poderia ser afastada, porque “essa responsabilidade é de natureza legal e, mais que isto, é de ordem pública, pois que interessa a toda a coletividade” e, dessa maneira, não seria possível “ao construtor dela se eximir, ou reduzir o seu prazo ou a sua amplitude”.¹⁴

Tal responsabilização, advertiu ainda o consagrado administrativista, “resulta da lei, independentemente de cláusula que a consigne, e não admite modificações pela vontade das partes”, sendo originariamente “do construtor – profissional ou empresa – mas pode estender-se ao autor do projeto, ao fiscal e ao consultor da obra, e até ao proprietário ou à administração contratante, quanto a lesão atingir vizinhos ou terceiros, vítimas da insegurança da obra particular ou pública”.¹⁵

Essencial para o deslinde do caso que analisamos no momento, foi a observação desse jurista quanto à exclusão de responsabilidade da administração pública em contratos de construção: “frequentemente a administração inclui em contrato de empreitada de obra pública cláusula excludente de sua responsabilidade por danos a vizinhos e terceiros, pretendendo com isso liberar-se desses encargos. Tal cláusula não tem qualquer efeito liberatório perante as vítimas, porque essa responsabilidade é de ordem pública, inferida da Constituição”, a fim de garantir os próprios lesados “(art. 107) para garantia dos lesados, sendo, por isso, intransacionável pelos contratantes”, ressaltando que “a administração pode reforçar essa responsabilidade com a solidariedade do empreiteiro, mas não pode reduzi-la ou excluir-se da obrigação de indenizar o dano causado por suas obras”.¹⁶

Destacamos o fato de que tais observações ainda foram feitas à luz do antigo art. 107 da Constituição de 1967, emendada em 1969 e, se atualizadas para os dias atuais, teriam ainda maior sentido, pois a Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), bem como tornou os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º), deslocando-os para o início da Constituição (art. 5.º) como forma de prestigiá-los no texto constitucional.

A hipótese levantada pelo autor, *mutatis mutanti*, pode ser aplicada não só à obra desenvolvida diretamente pela administração pública, mas também por

14. Cf. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 244.

15. Idem, *ibidem*.

16. Idem, p. 254.

obras realizadas em área pública por terceiro, vez que cabe ao município verificar a regularidade das áreas utilizadas para construções.

É possível ainda cotejar as ponderações de Hely Lopes Meirelles com as de uma das maiores estudiosas do tema da responsabilidade civil na atualidade, a Professora Emérita da Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) Geneviève Viney que, com fundamento nas lições do jurista Boris Starck, mencionou que há somente um fundamento da responsabilidade civil, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, tanto no âmbito individual como no coletivo, conferindo excepcional relevo para o direito à segurança da vítima, por meio da tutela da integridade física desta.¹⁷

Ora, o objetivo da Lei municipal 2.071/1998 é o bem comum e, como tal, esbarra no limite imposto à tutela da integridade física dos munícipes. O convênio deve ser harmônico e atuar para a satisfação do interesse coletivo.

Para estabelecer essa correlação, buscamos os ensinamentos do Professor Titular de Direito Administrativo da UFPR, Marçal Justen Filho, para quem, “rigorosamente, a categoria do contrato administrativo abrange inclusive a figura do convênio, que se sujeita a regime jurídico próprio”, sendo que “o convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da administração pública, comprometem-se a atuar de modo

17. “En effet, affirme Starck, un dommage, c’est essentiellement une atteinte portée aux droits de la victime. Il faut donc avant tout rechercher quels sont les droits auxquels on ne peut porter atteinte sans engager sa responsabilité et dans quelle mesure ils méritent d’être protégés contre l’activité d’autrui. En effet, poursuit-il, tout problème de responsabilité procède en réalité d’un conflit entre le droit d’agir (de l’auteur du dommage) et le droit à la sécurité (de la victime) et, pour résoudre ce conflit il faut tenir compte des intérêts en jeu. Dans le cas où la victime subit une atteinte à son intégrité corporelle ou à l’intégrité matérielle des biens qui lui appartiennent, c’est alors le droit à la sécurité qui l’emporte. L’auteur est responsable sans que l’on ait à prouver sa faute ni la création d’un risque, tout simplement parce qu’il n’avait pas le droit de porter ainsi atteinte à des intérêts aussi importants. En revanche lorsque les intérêts lésés sont d’ordre moral ou purement économiques, c’est le droit d’agir qui remporte et la responsabilité ne peut être engagée que si l’on prouve une faute de l’auteur. La théorie de la garantie explique ainsi, écrit Starck, ‘à la fois l’existence (-l’une responsabilité sans faute (pour les dommages corporels et matériels) et celle d’une responsabilité où la faute continue d’être exigée pour que l’auteur du dommage soit condamné (dommages purement économiques ou purement moraux).’ (...) ‘Pour lui, le fondement unique de la responsabilité civile, c’est le droit des droits essentiels de l’individu et des groupes. A cet égard, sa position est donc profondément originale’” (Cf. Geneviève Viney. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 89).

conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo”, pois “a característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum. O convênio não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes, o que afasta a aplicação das regras genéricas sobre contratação administrativa. O convênio está disciplinado, de modo genérico, no art. 116 da Lei 8.666/1993”.¹⁸

Na Lei 8.078/1990, verificamos que os serviços públicos estão sujeitos à lei protetiva do consumidor – quaisquer serviços públicos, de acordo com a intenção inicial do legislador – sendo clara tal determinação no art. 6.º, X, que estabeleceu ser direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos *em geral*” (grifo nosso).

O direito argentino, seguindo o modelo jurídico brasileiro por meio da Lei 24.240, também refutou a aplicação exclusiva das normas de direito administrativo nas relações jurídicas entre a administração pública e os administrados, admitindo a aplicação das normas de consumo de forma ampla quando dissem respeito a questões de segurança.¹⁹

Logo, há invalidade na lei no que tange à transferência de qualquer serviço público cuja ausência coloque em risco a segurança dos moradores.

No Estatuto Social da associação XXX, alterado e consolidado de acordo com a Lei 10.406/2002 (CC) e que foi aprovado em assembleia geral extraor-

18. Cf. Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286.

19. Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz esclareceram que “si habilita la ley argentina la promoción de acciones judiciales preventivas, tendientes a evitarle daños al consumidor, cuando sus intereses resultem amenazados (art. 52). Se trata de una solución que conjuga las características de prevención y eficacia propias del derecho del consumidor, que exige la neutralización de las conductas que representen un peligro para la salud y seguridad de los consumidores, atacando el mal en su raíz. Se consagra de esse modo una tendencia jurídica universal. Sin perjuicio de los poderes de control preventivo que incumben a la administración, el derecho a la seguridad del consumidor es de carácter privado, directamente operativo contra los empresarios y, por ende, la prevención es una función que no escapa al campo de acción de la justicia civil. En el mismo sentido, el Código brasileño de defensa del consumidor, reconoce como derecho básico el acceso a los órganos judiciales con vistas a la prevención (art. 6.º, inc. VII)” (Cf. Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994. p. 157). Os autores citaram também Augusto Morello que afirmou que “las técnicas preventivas ya no pueden transitar nada más que en el derecho administrativo” (Cf. Augusto M. Morello apud Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.*, p. 157).

dinária realizada em 22.12.2003, consta no art. 3.º, *b*, que um dos objetivos da associação é o de “efetuar os serviços de limpeza dos lotes, vigilância de área, portaria, área administrativa, área de lazer (centro de convivência) e *conservação do muro de segurança e de contenção na extensão pertinente ao XXX*, recebendo os preços contratualmente ajustados para os serviços prestados, de acordo com o título aquisitivo de cada sócio e aprovados em assembleias gerais” (grifo nosso).

Entretanto, cabe frisar que a assunção do dever de zelar pela conservação do muro de segurança e de contenção não elide a possibilidade de reparação de danos causados pelo construtor ou ainda o dever da administração pública zelar pela segurança das edificações quando estas apresentarem vícios em sua origem.

O dever de zelar pela estrutura do muro também deve ser cotejado com o fato de que ele só poderá ser invocado pelos proprietários e possuidores de lotes no residencial XXX, sem olvidar de que inexistente qualquer relação de consumo entre condomínios e condôminos segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, existindo simples relação civil.²⁰

Dessa maneira, seria desprovida de qualquer sentido uma alegação, seja por parte da construtora (ou até mesmo do próprio município) de que haveria culpa de terceiro com a assunção do dever de zelar pelo muro pelo condomínio, vez que tal alegação equivaleria a afirmar que a responsabilidade caberia às próprias vítimas, quando estas não deram causa a tal situação, devendo tal disposição ser interpretada restritivamente, devendo ser repudiadas quaisquer interpretações que possibilitem exclusão de responsabilidade pela construtora em fatos que envolvam a integridade física ou psíquica de moradores ou terceiros.

20. A respeito de tal controvérsia doutrinária, apontamos três correntes: 1) a corrente civilista, majoritária e que não visualiza qualquer relação de consumo entre proprietários e condomínios; 2) a corrente consumerista, que defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sem qualquer ressalva e 3) a corrente mista, que sustenta a aplicabilidade do CDC para certos serviços, linha esta adotada por Ronaldo Alves de Andrade, para quem “o condomínio não poderá ser considerado fornecedor no que atine aos serviços de sua atuação administrativa, como guarda patrimonial, serviço de manutenção de elevadores, limpeza das áreas comuns, etc., mas tal como os clubes e as entidades filantrópicas, será considerado fornecedor, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, quando atuar efetivamente no mercado de consumo fornecendo aos seus condôminos produtos ou serviços, pois, nos termos do art. 3.º do referido diploma legal, são considerados fornecedores os entes despersonalizados que atuam no mercado de consumo” (*Curso de direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2006. p. 36).

Por fim, lembramos que o contrato firmado entre a associação e a prefeitura versou somente sobre a transferência de serviços públicos que seriam realizados pela municipalidade, permitindo aos moradores, inclusive, a contratação de qualquer outra construtora.

Logo, em tal contexto, não há qualquer interferência na relação jurídica originária entre a construtora XXX e os moradores de XXX, não constando qualquer menção a essa construtora no contrato.

Quem deverá constar no polo passivo da mencionada ação?

Com base nos três quesitos anteriores, caberá a consulente a opção entre propor a ação em face da construtora XXX, com responsabilidade solidária da empresa XXX, fundada no CDC ou ainda propor ação em face da administração pública, tendo no polo passivo a prefeitura de XXX, em razão da Lei municipal 2.071/1998 encontrar limites na exclusão de responsabilidade em relação à transferência de funções que digam respeito à *segurança* dos munícipes e que coloquem em risco sua integridade física, com fundamento no art. 37, § 6.º, da CF²¹

Alertamos que hoje, inclusive, está superada a noção de obrigação de meio e de resultado, no âmbito das relações de consumo, pela obrigação de segurança.

A esse respeito, inclusive, Roberto Senise Lisboa defendeu que a Lei 8.078/1990, em razão do disposto no art. 8.º, eliminou a distinção entre obrigação de meio e resultado em lesões que envolvam a integridade física e moral do consumidor, a fim de substituí-la pela *obrigação de segurança*, o que seria aplicável plenamente à aquisição de bens imóveis.

Para tal autor, a obrigação de segurança “é aquela em que o fornecedor deve alcançar o resultado objetivado pelo consumidor, sem que ele venha a sofrer qualquer ofensa à vida ou à saúde. Em regra, a obrigação de segurança advém de uma relação contratual, mas nada impede que ela exista pelo simples fato do exercício da atividade profissional”, pois esta importa “em alcançar o resultado desejado pelo consumidor e em não se ofender os seus direitos extrapatrimoniais”, impondo “ao fornecedor a adoção das medidas necessárias para que o consumidor, desde a constituição da relação jurídica até sua extinção, não sofra qualquer espécie de dano moral”.²²

21. Determina o dispositivo mencionado que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço 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”.

22. Cf. Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 256-257.

Neste ponto, é oportuno lembrar da constatação de Luiz Olavo Baptista, Professor da Faculdade de Direito da USP, em artigo sobre a responsabilidade civil do produtor, no qual afirmou que “a responsabilidade do empreiteiro no que toca à solidez e segurança da obra, apresenta um caráter amplo, interessando a toda sociedade, tendo o legislador se preocupado em diminuir ao mínimo as possibilidades de acidentes e desastres irreparáveis”.²³

Portanto, o dever de segurança é o núcleo que aglutina a discussão relativa à legitimidade passiva, seja fundado na Constituição Federal (no caso da administração pública, por meio da aplicação de uma série de princípios e ponderações da doutrina ao presente caso), seja em decorrência direta do CDC, como é o caso da construtora XXX, que poderá ensejar, pela responsabilização em cadeia, também a responsabilização da empresa XXX, fundada nos arts. 7.º, parágrafo único e 25, § 1.º, do CDC.

Qual o lapso temporal para a propositura da ação de reparação de danos decorrente da deterioração do muro de contenção contíguo à área de XXX?

Houve a propositura de ação que discutia defeito na obra ainda sob a égide do CC/1916 e, por tal razão, será necessário mencionar que o art. 1.245 estabelecia a garantia do empreiteiro pela solidez e segurança do trabalho desenvolvidos por um lapso temporal de cinco anos, sendo aplicável o mesmo prazo para a utilização de materiais e do solo, existindo a exceção de que, não o considerando firme, prevenisse em tempo oportuno o dono da obra.

A jurisprudência evoluiu no sentido de considerar tal prazo como de garantia, como adiantamos, e não de responsabilidade civil pela solidez da obra, refutando a concepção de que cessaria após o período de cinco anos a possibilidade do dono da obra exercer sua pretensão diante do construtor do bem imóvel por dano sofrido em razão da construção.

Tal jurisprudência culminou no posicionamento adotado pelo STJ, por meio da súmula 194, que estabeleceu que “prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra”.

Concomitantemente à adoção da súmula mencionada, passou a vigorar o CDC, que determinou que o prazo para propositura de ação visando a reparação de danos decorrentes de fato do produto e do serviço (sendo que em ambos poderia estar inserida a responsabilidade do construtor, tal como demonstrados anteriormente) seria de cinco anos, de acordo com o art. 27 do referido diploma legal.

23. Cf. Luiz Olavo Baptista. A responsabilidade civil do construtor. RT 470/23.

Para ilustrar a visão daquele momento, cabe o resgate das preciosas lições de Sérgio Cavalieri Filho, que comparou o prazo do art. 1.245 do CC/2002 com o prazo de cinco anos previsto no art. 27 do CDC e as possibilidades de aplicação de cada um desses prazos.

Em sua análise, naquele momento, alertou que “alguém poderia argumentar que pelo Código do Consumidor o prazo prescricional é menor – apenas cinco anos (art. 27) – enquanto que pelo Código Civil é de vinte anos”, só que “pelo Código Civil a vítima tem vinte anos para ajuizar a ação de indenização, mas é preciso que o defeito da obra tenha se manifestado no prazo de garantia de cinco anos” enquanto, fundamentado no CDC, “o prazo prescricional é realmente de cinco anos, mas só começa a fluir a partir da ocorrência do acidente de consumo, nada importando que esse acidente tenha ocorrido durante ou depois dos cinco anos previstos no Código Civil”.²⁴

Concluiu suas observações afirmando, com singular clareza, que, nas relações de consumo o prazo “não é mais de apenas cinco anos, mas sim por todo o período de durabilidade razoável da obra”, respondendo a qualquer tempo o construtor ou o incorporador, sendo afastada a responsabilidade somente “se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que a o acidente decorreu do tempo e do desgaste natural da obra por falta de conservação”.²⁵

No mesmo sentido, Claudia Lima Marques alude às conclusões do 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado pelo Brasilcon e no qual se decidiu, entre outras questões que “o prazo de garantia pela segurança da obra não é mais de apenas cinco anos, como previsto no Código Civil, mas sim por todo o período de durabilidade razoável da construção”.²⁶

Em que pese nosso posicionamento pessoal, estribado na visão dos ilustres juristas mencionados e favorável à concepção de que deveria prevalecer o período de durabilidade da obra, advertimos a consulente que ainda é majoritária a jurisprudência que sustenta que o defeito deverá surgir no período previsto no Código Civil, período esse de cinco anos (lapsos temporal presente tanto no texto revogado como no texto legal em vigor).²⁷

24. Cf. Sérgio Cavalieri Filho. Op. cit., p. 234.

25. Cf. Idem, *ibidem*.

26. Cf. Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 438.

27. À guisa de exemplo, entre outros julgados, mencionamos o STJ, REsp 215.832, 4.ª Seção, j. 06.03.2003, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.04.2003, que decidiu em tal sentido.

Consoante os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa, a fluência do prazo prescricional previsto no CDC não impossibilita a propositura de ação de reparação de danos fundamentada no Código Civil, até porque tal prazo, à luz do ordenamento jurídico anterior era benéfico também para os consumidores, pois estipulava 20 anos para a propositura da ação,²⁸ ainda que excluísse a possibilidade de invocar a responsabilidade objetiva do fornecedor.²⁹

Todavia, mesmo à luz do CC/1916, era possível entender que havia presunção de responsabilidade do construtor pela conservação da obra e essa foi a valiosa lição de José de Aguiar Dias, em sua clássica obra *Da responsabilidade civil*, na qual defendeu que seria razoável a insurgência contra os que “defendendo a natureza contratual da responsabilidade do empreiteiro, opinam caber ao dono da obra a prova da culpa do empreiteiro”, pois o jurista pensava “que exatamente de tal ponto de vista é que deve derivar a consequência de presumir o empreiteiro em culpa”, dado que, se há a ruína do edifício ou se este apresenta defeitos graves e que comprometem a segurança “o que se tem, em face dos princípios da responsabilidade contratual, é pura e simplesmente o descumprimento do contrato, com falta, por parte do empreiteiro, do dever implícito de realizar a obra de acordo com as regras da profissão”.³⁰

Em princípio,³¹ descaberia invocar concomitantemente normas protetivas do consumidor e um prazo prescricional ou decadencial maior presente em lei

28. Cf. Roberto Senise Lisboa. Op. cit., p. 278.

29. Werson Rêgo destacou este ponto, ao ponderar que “a sistemática estabelecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no que se refere à responsabilidade civil, é muito mais vantajosa para o consumidor, no caso, o dono da obra, vez que, tratando-se de defeito do produto ou do serviço (artigos 12 e 14), quer se trate, simplesmente, de vício do produto ou do serviço (artigos 18 e 20), inclusive com a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, competindo ao empreiteiro – e não ao dono da obra, na hipótese do Código Civil – o ônus de provar a existência de causa excludente de responsabilidade civil” e, nesse sentido, citou conclusão do 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, no sentido de que “a responsabilidade do incorporador/construtor pela ruína do prédio tem por fato gerador o defeito da obra, que é presumido, à luz do art. 12, § 3.º, II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (Cf. Werson Rêgo. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107).

30. Cf. José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. I, p. 316.

31. Dizemos aqui *em princípio* porque está em vigor o art. 7.º, *caput*, da Lei 8.078/1990 que possibilita a aplicação da norma mais favorável ao consumidor e, de acordo com

geral e tentar, com isso, afastar um lapso temporal menor, quando este fosse expresso no próprio CDC.

Tal linha de raciocínio já foi desenvolvida em acórdão oriundo de Embargos Infringentes, decidido pela 9.^a Câmara de Direito Privado do TJSP, que teve como relator o Des. Rüter Oliva, que frisou que: “inadmissível, isso sim, é valer-se o interessado das benesses da lei consumerista, como, por exemplo, inversão do ônus da prova, responsabilidade objetiva, etc. e ao mesmo tempo pretender afastar o prazo prescricional maior”.³²

Entretanto, no mesmo acórdão verificamos que o relator reconheceu, fundado nos já mencionados ensinamentos de Roberto Senise Lisboa na obra *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, que tal constatação não afasta a possibilidade do autor ajuizar a ação utilizando o direito comum, quando este oferecer como alternativa um prazo prescricional maior, obviamente sem os correspondentes benefícios oferecidos pelo CDC.

Tal colocação, à luz do CC/2002, merece novas reflexões, pois o mesmo trouxe benefícios consideráveis às relações civis no plano da responsabilidade civil (como, por exemplo, o art. 931 que admitiu hipótese de responsabilidade objetiva oriunda de defeito em produto apresentado, mesmo em relações entre iguais, como é o caso das relações civis), o que afastaria algumas das desvantagens existentes no CC/1916, notadamente a regra da responsabilização civil subjetiva sem que houvesse menção expressa à responsabilidade objetiva dos causadores do dano.

No STJ, os julgados mais recentes que versam sobre a responsabilidade civil do construtor, continuam ainda a aplicar o CC/1916, ainda que exista menção ao dispositivo correspondente no CC/2002, posto que os fatos analisados ocorreram ainda na vigência do diploma legal anterior (REsp 590.385, 3.^a T., j. 05.10.2004, rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, DJ 05.09.2005 e REsp 215.832, 4.^a T., j. 06.03.2003, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.04.2003).

a interpretação que seja realizada do dispositivo, poderíamos estender os efeitos de tal norma também à questão prescricional. Em um certo sentido, é o que ocorreu com a interpretação da súmula 194 do STJ, após sua edição os Tribunais passaram a aplicar concomitantemente normas da Lei 8.078/1990 e o prazo prescricional do CC/1916, proclamado em tal súmula. No âmbito doutrinário, merece registro o fato de que Cláudia Lima Marques denominou tal hipótese de *diálogo das fontes*, fundada nas lições do jurista Erik Jayme (op. cit.).

32. O acórdão em questão foi prolatado em 17.08.2004, sendo que o julgamento teve ainda a participação dos Desembargadores Silveira Netto (Presidente vencido), Antônio Vilenilson e Sérgio Gomes, vencedores, e Marco César, vencido.

Outrossim, o TJSP, ainda em julgados mais recentes, continuou a aplicar o CDC (notadamente o art. 27) concomitantemente ao entendimento expresso na súmula 194 do STJ, como foi o caso de um julgado já de 08.08.2006, oriundo da 3.^a Câmara de Direito Privado e relatado pelo Des. Antonio Maria (AgIn 428.655-4/00), sem mencionar a aplicação dos prazos do CC/2002.

Outro problema, no caso concreto examinado, é que, partindo da ideia de que foi proposta a ação e o problema não foi solucionado (e, portanto, o acordo descumprido), estaríamos diante de hipótese de interrupção do prazo prescricional, nos termos do art. 172 do CC/1916 (art. 202 do CC/2002, que limitou a ocorrência da interrupção da prescrição uma única vez); vez que tal dispositivo, em seu inc. I estabelecia que ocorreria a interrupção “pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente” e o inc. V determinava ainda a mesma hipótese se houvesse “qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial” que importasse o reconhecimento do direito pelo devedor.

Embora discutida a questão sob o prisma da legitimidade passiva (que abordaremos no próximo quesito formulado), é conveniente mencionar que a prescrição, a decadência, a preempção e a preclusão apresentam, em sua origem, a motivação de impedir que o titular negligente (seja oriundo de uma pretensão, de uma ação ou de um direito material em sentido estrito) pretenda exercer seu direito perpetuamente (ao menos no que tange às pretensões que envolvam direitos eminentemente patrimoniais), colocando em risco a paz social e a estabilidade das relações jurídicas.

Ainda sem adentrar no mérito de que o fato narrado envolve lesão à segurança (e portanto, a direitos extrapatrimoniais) frisamos apenas que eventual discussão acerca da legitimidade não impede o exercício de ação, ainda mais à luz do CDC que, no art. 27, consagrou que a contagem do prazo iniciar-se-á não somente a partir do dano, mas a partir do conhecimento do responsável pelo mesmo, situação ainda pendente em razão da decisão judicial apresentada pela consulente.

Sendo assim, diante da diligente defesa dos direitos realizada pela consulente, o prazo deveria ser contado desde o início, seja para a propositura de ação diante do município, que aprovou a planta na época, como diante da própria construtora, que reconheceu sua responsabilidade (que estava prevista no art. 172, V, do CC/1916), possibilitando o exercício da ação por mais 20 anos, a teor do art. 177 do CC/1916 e do entendimento consubstanciado na súmula 194 do STJ.

Todavia, retornando às nossas considerações nos quesitos anteriores, partiremos da ideia de que o que efetivamente ocorreu teria sido a má execução de um reparo e ainda a insuficiente verificação do muro quando da execução do serviço de reparos pela construtora XXX e pela XXX.

O fato narrado, ocorrido em 2004, possibilitaria a aplicação do lapso temporal de cinco anos para a propositura da ação a partir do dano e do conhecimento do responsável pelo mesmo (já previsto no art. 27 do CDC), como também do CC/2002, mais especificamente o art. 618, que substituiu o art. 1.245 e que, repetindo a garantia de cinco anos no *caput*, acrescentou, em seu parágrafo único que “decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

Não faltaram juristas do mais alto nível intelectual a sustentar que teria ocorrido a redução do prazo, de forma drástica, dos 20 anos decorrentes da aplicação do art. 177 do CC/1916 e da Súmula 194 do STJ para somente 180 dias no parágrafo único do art. 618 do CC/2002,³³ simplesmente mencionando o dispositivo legal, sem maior aprofundamento teórico.³⁴

De certa maneira, o problema derivou do próprio projeto 634-B/1975 da Câmara dos Deputados, que deu origem ao CC/2002 que simplesmente reproduziu, como informou Carlos Roberto Gonçalves, disposição que já constava no Projeto de Código de Obrigações elaborado em 1965 por Caio Mário da Silva Pereira, “fixando o prazo de garantia de cinco anos” e estabelecendo que o exercício do direito deveria ocorrer “nos seis meses (prazo decadencial) que se seguirem ao aparecimento do vício ou defeito”, em elaboração anterior à evolução doutrinária e jurisprudencial que prevaleceu, mesmo no âmbito civil, nas relações entre o construtor e o adquirente de bem imóvel.³⁵

Devemos lembrar aqui que, mesmo que concordássemos com a mera leitura do parágrafo único do art. 618 do CC/2002 e afastássemos a argumentação de que o Projeto de Caio Mário da Silva Pereira foi elaborado na década de sessenta do século passado em um país bem distante dos parâmetros de defesa do

33. A norma mencionada estabeleceu que “decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

34. É o caso, entre outros juristas, da interpretação realizada pelo consagrado autor Arnaldo Rizzardo que, infelizmente, não aprofundou sua análise, simplesmente dizendo “presentemente, o Código Civil em vigor, visando dirimir as controvérsias que grassavam antes, introduziu regra expressa de decadência, fixando em cento e oitenta dias o lapso assegurado para a reclamação indenizatória, de acordo com o parágrafo único do art. 618” (Cf. Arnaldo Rizzardo. *Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 530).

35. Cf. Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 293.

consumidor que temos atualmente, o CC/2002 continuaria a ser uma lei geral diante do CDC e, assim sendo, deverá ser analisado sob tal perspectiva.³⁶

Além disso, a defesa do consumidor é um imperativo constitucional (art. 5.º, XXXII) que constitui igualmente cláusula pétrea em nosso sistema jurídico, conclusão esta complementada pelo art. 7.º, *caput* do CDC que agrega todas as normas que ampliem direitos do consumidor e rejeita as que os reduzirem.

Nessa ordem de ideias, destacamos a lição de Claudia Lima Marques, para quem “segundo dispõe o art. 7.º, *caput*, do CDC, os novos direitos do consumidor previstos no Código não excluem outros direitos previstos na legislação ordinária anterior, como o da garantia (‘prazo irredutível’) do art. 618 do CC/2002, desde que compatíveis com as novas normas” e invocando a já mencionada súmula 194 do STJ isso “significaria na prática a aplicação do direito civil geral, uma vez que mais favorável ao consumidor (*favor debilis*)”.³⁷

Eros Roberto Grau, ilustre docente da Faculdade de Direito da USP e atualmente Ministro do STF, ensinou que a norma jurídica “é preceito abstrato, genérico e inovador que se integra no ordenamento jurídico” e, por essa razão, “não tem existência isolada, mas sim em um complexo de outras normas relacionadas entre si, isto é, no ordenamento jurídico”, existindo a “vocação do ordenamento jurídico a realizar-se como um todo”, devendo a função normativa ser analisada em sua globalidade.³⁸

Outrossim, Luis S. Cabral de Moncada, célebre civilista lusitano, não olvidou da natureza sistemática do direito e, didaticamente, salientou a circunstância de que “assim como para interpretarmos uma passagem dum livro que estamos lendo, não vamos fazer essa interpretação isolando a dita passagem das outras que a antecedem e se lhe seguem, nem das outras em que, no mesmo livro, idêntico pensamento do autor reaparece, assim naturalmente fazemos para interpretarmos as leis”.³⁹

36. Não faltam, a esse respeito, autores que também condenaram o legislador por ter estabelecido, no CC/2002, um prazo geral para a propositura de ação de reparação de danos de três anos (art. 206, § 3.º, V), sendo mantida a possibilidade de propositura de ação, fundada no art. 27 do CDC, nas relações de consumo que envolvam responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, o que geraria um descompasso entre a regra geral do primeiro e a regra especial presente no último diploma legal.

37. Cf. Claudia Lima Marques. *Op. cit.*, p. 444.

38. Cf. Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 249.

39. Cf. Luis S. Cabral de Moncada. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 147.

Partindo do pressuposto de que os prazos prescricionais fixados pelo Código Civil são normas jurídicas que não poderão ser interpretadas isoladamente, igualmente afirmamos que o Código Civil não poderá substituir o CDC, sob pena de violar o próprio escopo da Constituição Federal, que atribui à defesa do consumidor a imutabilidade de cláusula pétrea, em análise conjunta do disposto no arts. 5.º, XXXII e 60, § 4.º.

É sábia, sob tal aspecto, a advertência de Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ, afirmando que não seria possível sustentar que a supremacia “do Código Civil sobre leis especiais, proclamada por dispositivos pontuais (v.g. art. 732) seria suficiente a garantir-lhe preeminência interpretativa sobre a tutela do consumidor, assegurada no rol de garantias fundamentais da República, como cláusula pétrea e matéria de ordem pública interna”, devendo a interpretação estar sempre condicionada não pela “topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que pretende tutelar”, concluindo que “enquanto estiver em vigor a Constituição da República, a promulgação de um Código Civil só pode representar acréscimo aos níveis de proteção da pessoa humana, nunca sua redução”.⁴⁰

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho, Professor da Universidade de Coimbra, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses diante de outros princípios, existindo a possibilidade de harmonização dos mesmos no ordenamento jurídico.⁴¹

Ainda que consideremos a exclusão de uma regra como a que está presente no art. 618, parágrafo único, do CC/2002, como aplicável somente às relações civis e, portanto, nas relações entre iguais, consideramos importante salientar que é perfeitamente possível refutar uma redução de prazo tão abrupta (de 20 anos para 180 dias).

Para tanto, recorremos às reflexões de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que intuíram, na análise do mencionado dispositivo, que “interpretando-o em consonância com o *caput*,⁴² a impressão que se tem é de que o prazo para pleitear reparação pelo prejuízo resultante de defeito de

40. Cf. Gustavo Tepedino. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *RDC* 56/11.

41. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 174.

42. “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de

solidez e segurança quedaria extinto se não fosse exercido em cento e oitenta dias” e, de maneira enfática afirmaram: “Absurdo! O dilatado prazo de vinte anos teria sido pulverizado a míseros 180 dias? Ademais, a expressão ‘decairá não seria técnica, na medida em que, caso se pretendesse formular pretensão reparatória (imagine que o teto ruiu e feriu o dono da obra), o correto seria ‘prescreverá’, uma vez que a pretensão da reparação civil é formulada em sede de ação condenatória”.⁴³

Concluíram os autores, indagando “como então poderíamos interpretar este artigo, para que ele não quedasse ineficaz?”, apresentando satisfatória resposta no sentido de que “o prazo previsto no parágrafo único deste artigo concerne apenas a eventuais vícios de qualidade que prejudiquem a economicidade ou utilização da obra realizada”, ou seja, “o dono da obra terá o prazo decadencial de cento e oitenta dias para redibir o contrato, rejeitando a obra, ou, eventualmente, pleitear o abatimento no preço, caso constate qualquer defeito desta natureza. Trata-se, pois, de regra específica, que prevaleceria em face da prevista no art. 445 do Código Civil, referente aos vícios redibitórios em geral”.⁴⁴

Em suma, entenderam os autores tratar o parágrafo único do art. 618 do CC/2002 de vício de qualidade por inadequação (na terminologia que empregariamos no Direito do Consumidor, calcada no art. 58 da Lei 8.078/1990) e não vício de qualidade por insegurança (que, mais frequentemente, é denominado de Fato do Produto ou do Serviço), pois enquanto este disciplina principalmente a segurança do consumidor (e, a esse respeito, deveríamos adotar interpretação equivalente na lei geral que trata da responsabilidade civil do construtor) aquele disciplina tão somente a defesa de seus interesses patrimoniais, do que não discrepa a lei geral posterior à lei protetiva do consumidor.

O consagrado José Geraldo Brito Filomeno, vice-presidente da comissão que elaborou o anteprojeto do CDC sustenta que, a partir de agora, o prazo de 20 anos seria reduzido para 10 anos, em razão da regra geral de 20 anos para direitos pessoais e de 15 ou 10 anos para direitos reais (que estava no art. 177

cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono de obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”

43. Cf. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. III, p. 316.

44. Cf. idem, p. 316-317.

do CC/1916) ter sido substituída pela disposição de que a prescrição ocorrerá em dez anos, não existindo prazo menor fixado em lei (art. 205 do CC/2002).⁴⁵

Zelmo Denari, outro dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar o art. 618 do CC/2002, interpretou, da mesma maneira tal dispositivo, ao salientar que este não afastou a aplicação do prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC para a propositura de ação indenizatória; sendo que, “no curso do prazo de garantia de cinco anos, previsto no art. 618 do Código Civil, devem ser sanados e reparados os defeitos estruturais provocados pelos materiais ou serviços prestados na obra” e, se até o termo final da garantia tais vícios estruturais ocasionarem danos ao consumidor, este poderá invocar a lei protetiva e, “somados os dois prazos – previstos no Código Civil (art. 618) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 27) – a responsabilidade por vícios estruturais e defeitos danosos das construções civis estende-se pelo prazo máximo de 10 anos”.⁴⁶

De tal orientação também não se afastaram os já citados Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao ponderarem que, se houver “dano proveniente de falha na estrutura da obra, por defeito de segurança ou solidez, o direito de pleitear a reparação por perdas e danos poderá ser postulado no prazo prescricional geral de três anos (CC) ou cinco anos (CDC)”, “caso se cuide ou não de relação de consumo”, sendo a única advertência de tais autores a de que inexistirá a possibilidade “de sustentar que o prazo seja vintenário, considerando a não adoção deste lapso temporal no CC/2002, cujo prazo máximo da prescrição liberatória é de dez anos”.⁴⁷

45. A visão desse autor é a de que, “em termos de defeitos da construção, o prazo de garantia era e continua sendo de 5 (cinco) anos, em face do disposto no art. 1.245 do Código Civil de 1916, Súmula 194 do STJ, e art. 618 do novo Código Civil. Ou seja, prazo para a correção dos defeitos, ou então para a redibição do contrato, ou ainda, abatimento no preço. Como se cuida de prazo, repita-se, de garantia e não de prescrição, a ação para haver perdas e danos, em decorrência do fato da construção (ruína, por exemplo, ou outros acidentes mais graves), é de 10 (dez) anos. Ou seja, 5 anos de garantia efetiva, mais os 5 (cinco) anos de que fala o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Ora, se a garantia pela solidez e segurança da obra é de 5 (cinco) anos, após o que, não sanado, ocorre o acidente de consumo, a esse prazo se soma a prescrição específica, que é de mais 5 (cinco) anos, que a partir do novo Código Civil é o prazo máximo de prescrição (art. 206)” (grifo nosso) (Cf. José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 193).

46. Cf. Zelmo Denari e Ada Pellegrini Grinover (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 224-225.

47. Cf. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Op. cit., p. 317.

Em tal contexto, quer-nos parecer que não há como vislumbrar hipótese distinta de que a propositura de ação em face da construtora ainda é viável à luz do CDC, até porque o serviço realizado é *outro* serviço, que sinaliza para uma execução inadequada das obras de reparo no muro de construção, o que incluiria uma inspeção do mesmo e não simplesmente uma solução paliativa como o conserto de parte do muro, até em razão da relação contratual desenvolvida de há muito com a construtora XXX, que inspiraria confiança nos destinatários finais dos bens imóveis adquiridos.

Em conclusão, a interpretação do Código Civil, no que tange à aplicação concomitante ao Código de Defesa do Consumidor, será sempre influenciada pela perspectiva de que o consumidores, em grupo (como ocorre no caso da consulente, que representa o interesse dos moradores de XXX) ou individualmente considerados, permanecem como a parte vulnerável nos contratos de consumo, notadamente no plano técnico.

4. CONCLUSÕES

** Há relação de consumo entre os adquirentes dos imóveis localizados no conjunto residencial XXX e a construtora XXX?*

**** Sim**, inequivocamente, existe relação de consumo entre os adquirentes dos imóveis localizados no conjunto residencial XXX, aplicando-se integralmente as disposições do CDC posto que, tal lei composta de normas de ordem pública, a partir de sua vigência suas normas passaram a incidir imediatamente nos contratos em vigor, incidindo igualmente nas relações jurídicas preexistentes, como as que envolvem em parte associados da consulente, bem como nas concomitantes e supervenientes celebradas com a construtora em questão.

** Existe responsabilidade civil da construtora XXX em razão da deterioração do muro de contenção contíguo à área de XXX?*

**** Sim**, existe responsabilidade da construtora XXX, responsabilidade esta derivada diretamente de sua atividade, seja no momento da escolha da área em que foi levantado o muro, seja no material e/ou técnica empregados em sua construção, culminando na ausência de informações adequadas no momento da aquisição, não sendo possível sequer alegar que isso teria sido feito por terceiro, dado o fato de que o CDC possibilita a responsabilização em cadeia, que inicia em quem é responsável pela construção ou fabricação do bem, chegando até seus intermediários.

** O convênio celebrado entre a associação XXX e a prefeitura de XXX excluiu a responsabilidade da construtora XXX?*

** A responsabilidade da construtora XXX não foi eliminada pelo advento do convênio celebrado com a prefeitura de XXX, mediante a Lei municipal 2.071/1998. Destacamos ainda o fato de que tal lei não poderia também transferir totalmente suas responsabilidades para a consulente, em razão de envolver o direito à segurança dos munícipes, por meio da preservação de sua incolumidade física, colocada em risco em situações como a que foi analisada neste parecer.

* *Quem deverá constar no polo passivo da mencionada ação?*

** Prioritariamente, em nossa visão, a construtora XXX e, solidariamente, a empresa XXX, mas tal constatação não exclui a responsabilidade da prefeitura de XXX que não poderia ter transferido suas funções para a consulente, no que tange ao resguardo da incolumidade física dos munícipes.

* *Qual o lapso temporal para a propositura da ação de reparação de danos decorrente da deterioração do muro de contenção contíguo à área de XXX?*

** O prazo para a propositura da ação de reparação de danos é de cinco anos a contar do fato ocorrido no ano de 2004, nos termos do art. 27 do CDC, posto que em tal termo inicial de contagem de prazo houve nova queda do muro (mesmo dentro do prazo de garantia de cinco anos previsto no art. 618 do CC/2002, considerando que o serviço e/ou o material empregado foi inadequado) motivada por reparo insuficiente e pela ausência de verificação de outras partes do muro pela construtora XXX ou pela empresa sub-contratada XXX quando da realização do conserto avançado, sendo que tal fato colocou em risco os moradores e a coletividade. Assim sendo, parece inegável, no presente caso, que a solidez do muro de contenção resultou diretamente em risco à segurança, ainda que em potencial.

Outros pontos foram mencionados no decorrer do parecer, tais como a possibilidade de interrupção da prescrição e aplicação do lapso temporal de 20 anos previsto no CC/1976 e consagrado pela súmula 194 do STJ, mas embora passível de ser alegada, julgamos prudente optar por uma argumentação mais objetiva, calcada em texto expresso do CDC, posto que, em nossa análise, sendo esta a fundamentação, não existiria argumento ponderável a afastar a regularidade da propositura da ação no que tange ao prazo prescricional.

Da mesma forma, afastado também o parágrafo único do art. 618 CC/2002, pois o prazo de 180 dias ali previsto para a reclamação de defeito relativo à construção nada mais é do que hipótese referente ao vício de qualidade por inadequação (e não segurança), consistindo em regra especial diante da regra geral dos vícios em bens imóveis prevista no art. 445 do CC/2002, que estipula prazo de um ano.

É o parecer.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos e capítulos em obras coletivas

- BAPTISTA, Luiz Olavo. A responsabilidade civil do construtor. *Revista dos Tribunais*. vol. 470. p. 18-24. São Paulo: Ed. RT, dez. 1974.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 26. p. 230-236. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- FREITAS, José Carlos de. Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 56. p. 9-11. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2005.

Livros

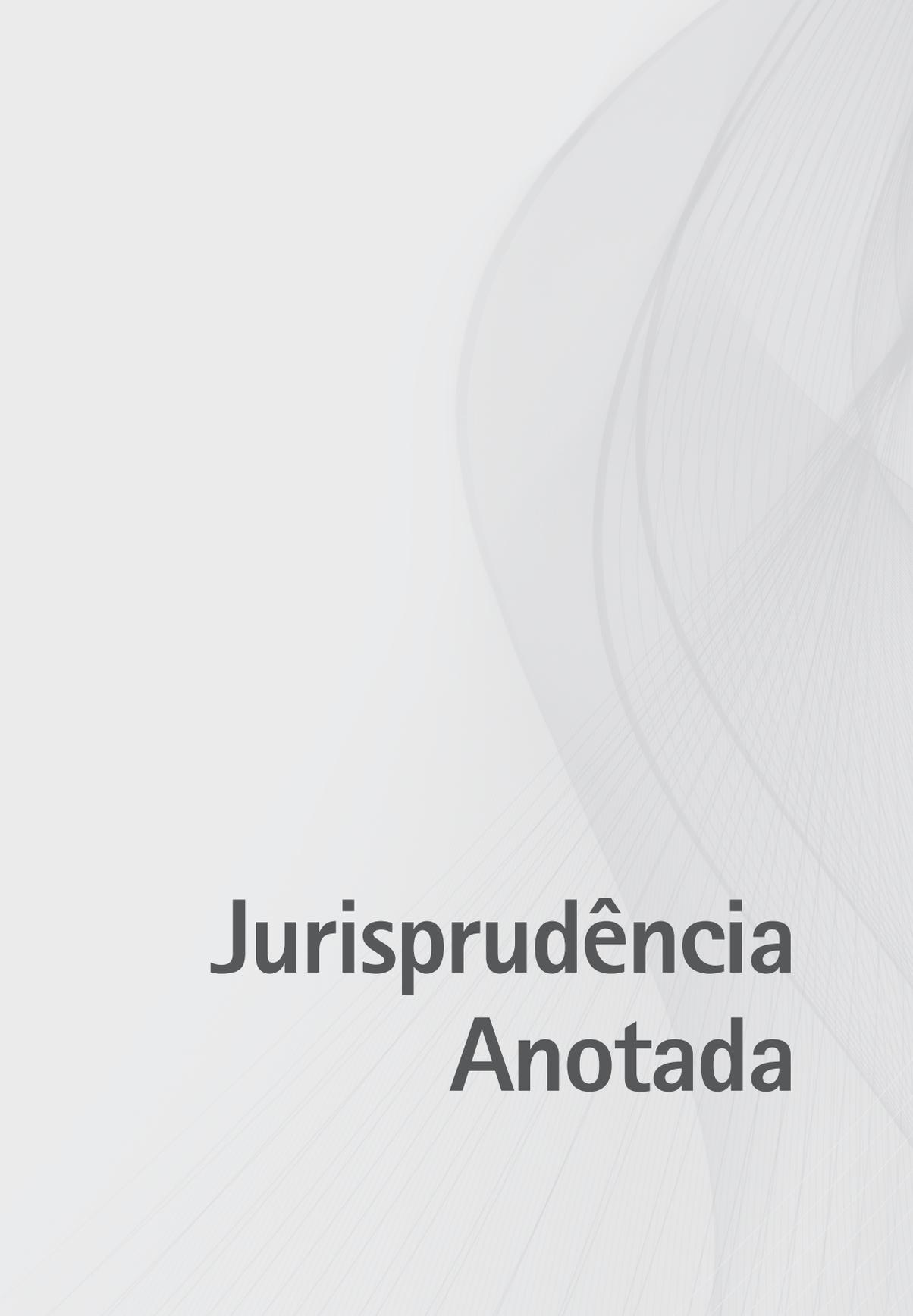
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. I.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. III.
- GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial – Do direito das obrigações (artigos 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 11.
- _____. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PIZZIO, J. P. *Code de la Consommation commenté*. Paris: Montchrestien, 1995.
- RÊGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, de Marcelo Fonseca Boaventura – *RDPriv* 9/157;
- Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor – *RDI* 49/81;
- Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo, de Rosana Grinberg – *RDC* 35/144; e
- O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 50/92.

The background features a light gray abstract design on the right side, consisting of several overlapping circles and a dense grid of thin, light gray lines that create a sense of depth and movement.

Jurisprudência Anotada



1

ACÓRDÃOS

Superior Tribunal de Justiça

STJ – *AgRg na MC 18.158/MG* – 3.ª T. – j. 09.08.2011 – v.u.
– rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 17.08.2011 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra decisão que indeferiu medida cautelar para evitar desocupação de imóvel locado que foi alienado – Inadmissibilidade – Adjudicação do imóvel e anulação da compra e venda para exercício do direito de preferência que se torna inviável sem a averbação do contrato de locação – Obtenção de tutela de urgência antes do juízo de admissibilidade do recurso especial que, ademais, não é cabível na Corte Superior – Inteligência do art. 33 da Lei 8.245/1991 e das Súmulas 634 e 635 do STF.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 734/446 e *RDI* 70/492.

Veja também Doutrina

- A averbação e o registro dos contratos de locação no registro de imóveis: repercussões legais, de Carlos Alberto Tworkowski – *RDI* 62/15;
- Da eficácia e permanência, no curso do processo, das medidas de antecipação dos efeitos da tutela, de Athos Gusmão Carneiro – *RePro* 204/13;
- Direito de preferência e locação, de Wanderley José Federighi – *RDPriv* 7/138;
- Direito de preferência, de Valdemar P. da Luz – *RT* 752/737;
- Medidas cautelares para dar efeito suspensivo a recurso e para obstar efeitos da decisão rescindenda, de Willian Santos Ferreira – *RePro* 77/149;
- Preferência para aquisição de imóvel alugado, de J. Nascimento Franco – *RDI* 8/21;
- Registro de contrato de locação, de Narciso Orlandi Neto – *RDI* 14/151; e
- Tutelas de urgência nos tribunais, de Eliana Calmon – *RIASP* 6/165.

RESENHA

Trata-se de agravo regimental na medida cautelar interposto em face de decisão unipessoal que rejeitou embargos de declaração e manteve decisão monocrática, indeferindo a petição inicial e julgando extinto o processo sem resolução do mérito. Na origem, cuida-se de ação de despejo, onde o agravado afirma ter adquirido imóvel locado e notificado o agravante, então locatário, para que este exercesse seu direito de preferência na aquisição. Uma vez inerte, o negócio foi concluído, sobrevivendo nova notificação, desta vez para que o agravante desocupasse o imóvel. Diante da resistência deste, o agravado ajuizou ação de despejo, sendo julgado procedente o pedido. O TJMG, ao julgar apelação interposta pelo agravante, negou provimento ao recurso. Inconformado, o agravante interpôs embargos de declaração, sendo estes também rejeitados pelo TJMG. Em razões de recurso especial, o agravante alegou violação dos arts. 103, 104, 105, 265 e 267 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial, além de informar que o recurso especial ainda não havia sido submetido ao exame de admissibilidade na origem. Requereu, ainda, a suspensão dos efeitos do acórdão do TJMG, objetivando evitar a futura expedição da ordem de desocupação. Em decisão unipessoal restou indeferida a petição inicial e julgado extinto o processo sem resolução de mérito, entendendo-se que inexistiu juízo de admissibilidade na origem, eis que ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos necessários para concessão de liminar. Interpostos os embargos de declaração pelo agravante, estes foram rejeitados pela relatora.

Ao analisar o agravo, a Min. Nancy Andrighi, relatora do *decisum*, entendeu que o STJ não é competente para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo TJMG, pois o requerente pretende obter tutela cautelar de urgência antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal de origem, incidindo, neste caso, as Súmulas 634 e 635 do STF. Portanto, tal cautelar deveria ser ajuizada no TJMG, visto que ainda não esgotada sua prestação jurisdicional. No que diz respeito à ilegitimidade ativa, o acórdão proferido pelo TJMG consigna, de forma expressa, que, de acordo com a escritura pública de compra e venda levada aos autos e do registro de imóveis, o autor é proprietário do imóvel ocupado pelo réu. Isso porque, a primeira parte do art. 8.º da Lei 8.245/1991 autoriza o adquirente do imóvel alienado durante a locação a denunciar o contrato, de modo que, havendo nos autos prova da aquisição do imóvel pelo requerido, com a sub-rogação no contrato de locação, não há como negar sua legitimidade para figurar no polo ativo da ação. Ademais, conforme bem frisado pelo Tribunal mineiro, não seria possível a adjudicação do imóvel, pois o contrato de locação não foi averbado na matrícula do imóvel, com a antecedência mínima de 30 dias e que, diante disso, a única solução cabível seria a conversão do direito de preferência em perdas e danos, o que não é o objeto da lide. De acordo com a relatora, há precedentes do STJ no sentido de que a não averbação do contrato de locação no competente Registro de Imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário. Por fim, não se verifica a presença do *periculum in mora*, haja vista não haver notícia de que o requerente esteja na iminência de ser despejado.

Assim, diante de tais argumentos, a 3.ª Turma do STJ, em conformidade com o voto da Ministra relatora decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

AgRg na MC 18.158 – MG (2011/0134535-5).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Agravante: Guilherme de Carvalho – advogados: Guilherme de Carvalho (em causa própria) e outro, e Wilkerson Freitas Rodrigues.

Agravado: Cristiano José Passos.

Ementa: Processo civil e civil. Agravo em medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Pendência de juízo de admissibilidade por Tribunal Estadual. Inviabilidade. Súmula 634 e 635 do STF. Locação. Direito de preferência. Adjudicação do imóvel pelo locatário preterido em seu direito. Prévia averbação do contrato. Necessidade.

1. A pendência do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal Estadual inviabiliza a análise da aparência do bom direito.

2. Compete ao Tribunal local a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos verbetes sumulares 634 e 635 do STF.

3. A não averbação do contrato de locação no competente cartório de registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/1991, restando a ele a indenização por perdas e danos. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 09 de agosto de 2011 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrichi (relator): Trata-se de agravo interposto por Guilherme de Carvalho, contra a decisão unipessoal de f., que rejeitou embargos de declaração, mantendo a decisão monocrática de f., e-STJ, que indeferiu a petição inicial e julgou o processo extinto sem resolução de mérito.

Ação: de despejo, ajuizada por Cristiano José Passos em desfavor do agravante. O agravado afirma ter adquirido o imóvel de Carlos Benedito de Bastos e sua mulher, que teriam notificado o agravante, então locatário, para que exercesse o seu direito de preferência, tendo este se mantido inerte, pelo que o negócio foi concluído, sobre-

Partes

- Agravante: Guilherme de Carvalho.
- Agravado: Cristiano José Passos.

vindo nova notificação, desta vez para o agravante desocupar o imóvel. Ante à resistência do agravante, o agravado ajuizou a ação de despejo.

Sentença: julgou procedente o pedido (f., e-STJ).

Acórdão: o TJMG negou provimento ao apelo do agravante, nos termos do acórdão (f., e-STJ) assim ementado:

“Locação não residencial – Alienação do imóvel – Legitimidade ativa – Inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre os fiadores solidários – Preliminar de incompetência – alegação pela via inadequada – Direito de preferência supostamente não observado – impossibilidade de anulação da compra e venda do imóvel – Prejudicialidade externa não verificada – desnecessidade de suspensão do processo – Denúncia vazia do contrato pelo adquirente do imóvel – possibilidade. A legitimidade ativa é a titularidade do interesse firmado na pretensão, e não tem necessária correspondência com o direito material objeto da lide. No caso, a legitimidade passiva do autor está no seu interesse jurídico na solução da lide. Não existe litisconsórcio passivo necessário entre inquilino e fiadores, mesmo porque o despejo não é por falta de pagamento, inexistindo sequer interesse indireto dos fiadores. A alegação de incompetência relativa do juízo feita em sede de contestação e reiterada nas razões da apelação não pode ser conhecida por força do art. 112 do CPC. No caso de alienação de imóvel alugado, a regra é a da possibilidade da denúncia vazia do contrato pelo adquirente. Tal regra só é excetuada, tornando-se inadmissível a denúncia vazia, se o contrato for celebrado com prazo determinado, haja nele cláusula de vigência em caso de alienação e esteja averbado junto à matrícula do imóvel. Do contrário, faltando algum desses requisitos, é admissível a denúncia vazia por parte do adquirente, por força do art. 8.º da Lei 8.245/1991.”

Legislação citada

- art. 33 da Lei 8.245/1991; arts. 103, 104, 105, 112, 265 e 267 do CPC; e art. 8.º da Lei 8.254/1991.

Embargos de declaração: interpostos pelo agravante, foram rejeitados pelo TJMG (f., e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 103, 104, 105, 265 e 267 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial (f. e-STJ).

Juízo prévio de admissibilidade: conforme admite o próprio agravante, o recurso especial ainda não foi submetido a exame de admissibilidade na origem.

Medida cautelar: requer a suspensão dos efeitos do acórdão do TJMG, que negou provimento à apelação interposta pelo agravante, objetivando evitar a futura expedição de ordem de desocupação.

Decisão unipessoal: indeferiu a petição inicial e julgou o processo extinto sem resolução de mérito, tendo em vista a inexistência de juízo de admissibilidade na origem, bem como por não estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos indispensáveis à concessão da liminar (f., e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pelo agravante, foram rejeitados por esta Relatora (f., e-STJ).

É o relatório.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relator): A decisão agravada, integralmente mantida em sede de embargos de declaração, foi vazada nos seguintes termos:

“O que pretende o requerente é suspender os efeitos do acórdão do TJMG, que negou provimento à apelação por ele interposta, objetivando evitar a futura expedição de ordem de desocupação.

Na presente hipótese, contudo, a competência do STJ sequer está aberta, pois, conforme admite o próprio requerente, ele deseja obter tutela cautelar de urgência antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal local, o que atrai a incidência dos verbetes sumulares 634 e 635/STF.

Com efeito, o cabimento de medidas cautelares, como a presente, pressupõe o deslocamento da competência jurisdicional para o STJ, verificado através da subida do recurso especial. Isso porque, ‘hipoteticamente, poderia se incorrer na esdrúxula situação de ter um recurso não admitido, porém, com efeito suspensivo pleno, já que a não admissão, por si só, não tem o condão de reformar a concessão da cautelar dada por Tribunal hierarquicamente superior’ (STF, AgRg na Pet 1.189, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.12.1996).

Portanto, caberia ao requerente ajuizar a presente cautelar perante o Tribunal Estadual, visto que ainda não esgotada a sua prestação jurisdicional. Por mais que se pretenda inserir a competência do STJ nas tutelas de urgência, no particular, não se vislumbra essa possibilidade. Afinal, está tudo em esfera hipotética, sob o aspecto processual, razão pela qual esta Corte não pode socorrer a requerente, em obediência ao devido processo legal.

Noto por oportuno que, não obstante em raríssimas ocasiões o STJ excepcione a incidência dos mencionados enunciados sumulares, é indispensável ficar configurada a teratologia da decisão recorrida, circunstância ausente na espécie.

Nesse aspecto, no que tange à alegação de ilegitimidade ativa, o acórdão recorrido consigna expressamente que, ‘conforme escritura pública de compra e venda de f. e do registro de imóveis de f., o autor é proprietário do imóvel ocupado pelo réu’ (f., e-STJ).

Ocorre que a primeira parte do art. 8.º da Lei 8.245/1991, autoriza o adquirente de imóvel alienado durante a locação a denunciar o contrato, de modo que, havendo nos autos prova da compra da sala comercial pelo requerido – com a consequente sub-rogação no contrato de locação – não como negar a sua legitimidade para figurar no polo ativo da ação.

Súmulas citadas

- 634 e 635 do STF.

Vale acrescentar que os julgados alçados a paradigma pelo requerente não se subsumem perfeitamente à hipótese dos autos, não servindo à demonstração do dissídio.

Por outro lado, conforme bem frisado pelo TJMG, independentemente da veracidade do documento que comprova ter sido respeitado o direito de preferência do requerente, 'no caso não seria possível a adjudicação do imóvel, porque o contrato de locação não foi averbado junto à matrícula do imóvel com antecedência mínima de trinta dias. Portanto, a única solução cabível seria a conversão do direito de preferência em perdas e danos, o que não é objeto do processo e por isso não pode ser tratado aqui' (f., e-STJ).

Com efeito, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que 'a não averbação do contrato de locação no competente cartório de registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/1991, restando a ele a indenização por perdas e danos' (AgRg no REsp 203.851/PA, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 10.03.2008. No mesmo sentido: REsp 578.174/RS, 5.^a T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 09.10.2006).

No mais, não verifico a presença indispensável do *periculum in mora*, visto não haver notícia de que o requerente esteja na iminência de ser despejado do imóvel, inexistindo prova sequer de que o requerido tenha dado início à execução provisória da sentença.

Dessa forma, pelo menos em tese, mediante o superficial exame que se afigura possível em sede cautelar, os argumentos do requerente não procedem."

O agravo interno, que basicamente se resume a reproduzir o teor da petição inicial, não traz nenhum argumento apto a elidir os fundamentos da decisão supra, valendo reforçar que, ao contrário do que alega o agravante, o STJ não tem, como regra, afastado a incidência dos enunciados 634 e 635 da Súmula/STF, fazendo-o apenas em caráter absolutamente excepcional, e mesmo assim somente quando configurada a teratologia da decisão recorrida, circunstância ausente na espécie.

Forte nessas razões, nego provimento ao presente agravo na reclamação.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; AgRg na MC 18.158/MG; número do registro: 2011/0134535-5; números de origem: 10518081531031 e 518081531031; em mesa; julgado: 09.08.2011; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrichi; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda – Subprocurador-Geral da República; Exmo. Sr. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares; secretária: bela. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Jurisprudência citada

- STF: AgRg na Pet 1.189/MG.

Autuação – Requerente: Guilherme de Carvalho – Advogados: Guilherme de Carvalho (em causa própria) e outro – Wilkerson Freitas Rodrigues; requerido: Cristiano José Passos.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Locação de imóvel – Direito de preferência.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora.”

Os Srs. Ministros Massami Uyeda (Presidente), Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.

STJ – REsp 954.567/PE – Segredo de Justiça – 3.ª T. – j.
10.05.2011 – v.u. – rel. Min. Massami Uyeda – DJe
18.05.2011 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

SUCCESSÃO – Vocação hereditária – Prevalência de pacto antenupcial que exclui o cônjuge sobrevivente de qualquer partilha de bens do falecido – Inadmissibilidade – Convenção entre o casal que é nula por ser contrária à lei – Cônjuge supérstite que, ademais, concorre com o ascendente do *de cujus*, independente do regime de bens, em razão da herança diferir da meação – Inteligência dos arts. 1.655 e 1.829 do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RT 917/912, RT 874/226 e RT 851/269.

Veja também Doutrina

- A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil, de Inacio de Carvalho Neto – RT 803/11;
- A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido, de João Agnaldo Donizeti Gandini e Cristiane Bassi Jacob – RT 834/11;
- Cônjuge sobrevivente, herdeiro concorrente, de Wilson J. Comel – RT 820/50;
- Das críticas e dos argumentos favoráveis ao direito à herança, de Daniela Soares Hatem – RDPriv 39/87;
- O regime sucessório aplicado ao cônjuge conforme o Código Civil vigente: avanço ou retrocesso?, de Marcelo Cabeleira Escobar – RDPriv 34/169;
- Sucessão concorrential pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo Código Civil, de Jorge Shiguemitsu Fujita – RIASP 18/112; e
- Sucessão legítima no novo Código Civil, de Gustavo Rene Nicolau – RDPriv 21/112.

RESENHA

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo espólio da falecida, onde se alega violação aos arts. 111, 112, 1.369, 1.672, 1.674, I, II e III, 1.725 e 1.837 do CC/2002 e divergência jurisprudencial. Os elementos constantes nos autos dão ciência de que, em razão do passamento da *de cujus*, sua genitora e inventariante ingressou com pedido de abertura de inventário, momento em que declarou que a filha era casada sob o regime de Participação Final nos Aquestos com o recorrido, nos termos do pacto antenupcial por eles firmado, onde consta expressamente a exclusão de qualquer partilha, inclusive por herança ou sucessão, o patrimônio de cada cônjuge que fora adquirido antes do casamento. Diante do pedido de adjudicação formulado pela inventariante, o MM. Juiz originário decidiu por partilhar o monte pertencente ao espólio na proporção de 50% para a genitora da falecida e 50% para o viúvo. Contra esta decisão, o espólio, representado pela inventariante, interpôs agravo de instrumento, sendo negado seu provimento pelo TJPE. Opostos embargos de declaração, estes

também foram rejeitados. Irresignado, o espólio interpôs o presente Recurso Especial, alegando violação aos artigos mencionados acima. Em contrarrazões, o recorrido defendeu a manutenção do acórdão atacado, defendendo sua concorrência na sucessão com a genitora da falecida.

Analisando o recurso, o Min. Massami Uyeda, relator do acórdão, destacou a inovação do Código Civil de 2002, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima, conforme art. 1.829, *caput*, I e II, do CC/2002. Observou, ainda, que em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência do cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento, ao contrário do que fora disposto no inc. I do referido artigo. Além disso, não se pode olvidar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge supérstite, que, por si só, lhe garante o direito de concorrer à legítima com o ascendente do finado. Portanto, não cabe ao intérprete restringir aquilo que a lei não restringe. Destaca-se, ainda, o fato de que, com a dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge sobrevivente também terá direito à sua meação, não sendo permitido confundir o direito de sucessão do cônjuge, em concorrência com descendentes ou ascendentes do falecido, com a meação relacionada ao direito patrimonial do casamento, conforme art. 1.685 do CC/2002. Por fim, afirma o Ministro relator que, o pacto antenupcial não pode excluir o viúvo da sucessão dos bens próprios da falecida, uma vez que, o art. 1.655 do CC/2002 impõe a nulidade da convenção ou cláusula que seja contrária a disposição absoluta de lei. Após o referido voto negando provimento ao recurso, acompanhado pelo Min. Sidnei Beneti, a Min. Nancy Andrighi pediu vista, antecipadamente, a fim de melhor examinar a controvérsia, decidindo, ao fim, acompanhar, na íntegra o voto do Ministro relator.

Prosseguindo o julgamento e, após o voto-vista da Min. Nancy Andrighi, a 3.ª Turma do STJ, diante de todo o exposto, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, em conformidade com o voto do Ministro relator.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

REsp 954.567 – PE (2007/0098236-3).

Relator: Min. Massami Uyeda.

Recorrente: E. M. P. S. – espólio representado por E. P. P. – inventariante – advogado: Vivente Moreno Filho.

Recorrido: J. A. S. – advogado: José Rodrigues de Melo e outros.

Ementa: Recurso especial. Sucessão. Cônjuge supérstite. Concorrência com ascendente, independente o regime de bens adotado no casamento. Pacto antenupcial. Exclusão do sobrevivente na sucessão do de cujus. Nulidade da cláusula. Recurso improvido.

1 – O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.

2 – Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento.

3 – Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento.

4 – O art. 1.655 do CC/2002 impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

5 – Recurso improvido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 3.^a Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Min. Nancy Andrighi, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro relator.

Brasília, 10 de maio de 2011 (data do julgamento) – Min. MASSAMI UYEDA, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda (relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo espólio de E. M. P. S., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 111, 112, 1.369, 1.672, 1.674, incisos I, II e III, 1.725 e 1.837 do Código Civil e divergência jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que, em razão do passamento de E. M. P. S., sua genitora, a Sra. E. P. P., ingressou com o pedido de abertura de inventário, momento em que declarou que a *de cujus* era casada com o Sr. J. A. S., sob o regime de Participação Final nos Aquestos, nos termos do pacto antenupcial firmado entre eles, em que constava expressamente a exclusão de qualquer partilha, inclusive por herança ou sucessão, o patrimônio de cada cônjuge adquirido antes do casamento (f.).

Diante do pedido de adjudicação do espólio, formalizado pela mãe da falecida, o MM. Juiz decidiu em partilhar o monte pertencente ao espólio de E. M. P. S., na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o viúvo e 50% (cinquenta por cento) para a sua ascendente (f.).

Contra essa decisão, o espólio de E. M. P. S., representado pela inventariante E. P. P., interpôs agravo de instrumento, tendo o TJPE negado provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Direito das sucessões – Meação – Regime patrimonial – Cônjuge supérstite – Direito à herança independente do regime matrimonial.

1 – De acordo com o Código Civil, em seu art. 1.837, concorrendo com o ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; se houver só

um ascendente vivo o cônjuge herdará a metade da herança, não sendo possível, portanto, afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão, nem mesmo por escritura pública de pacto antenupcial, como pretende a agravante, inventariante/ascendente, porquanto tão somente através da deserção se poderia excluir o cônjuge da legítima, o que não é a hipótese dos autos.

Por maioria, negou-se provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto” (f.).

Os embargos de declaração, assim opostos, foram rejeitados (f.).

Irresignado, o Espólio de E. M. P. S. interpõe recurso especial, fundamentado no art. 105, III, *a e c*, da CF, em que se alega violação dos arts. 111, 112, 1.369, 1.672, 1.674, I, II e III, 1.725 e 1.837, do CC/2002 e divergência jurisprudencial. Sustenta o recorrente, em síntese, que o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão com o ascendente apenas quanto aos aquestos (f.).

Em contrarrazões, defende o recorrido a manutenção do acórdão recorrido (f.).

Admitido o apelo nobre pelo juízo prévio de admissibilidade (f.), ascendeu o presente recurso a este Superior (f.).

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo improvimento do recurso (f.).

Vieram os autos conclusos (f. verso).

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda (*relator*): Eminentes Ministros.

Ante as nuances que envolvem o caso posto em julgamento, necessário que se faça um esboço de todas as suas circunstâncias.

Depreende-se dos autos que E. M. P. S., (falecida) e J. A. S, viveram em união estável desde os idos de 1.995, convencionando-se que os bens adquiridos antes ou durante a convivência não se comunicariam (f.). No ano de 2.003, ao converterem a união estável em casamento, realizaram pacto antenupcial no qual elegeram o regime de participação final nos aquestos, discriminando os bens de propriedade de cada um deles, que não se comunicariam em caso de dissolução da sociedade conjugal, em qualquer hipótese (f.).

Em 2.004, a E. M. P. S., veio a falecer, tendo a sua genitora, E. P. P., ajuizado o pedido de abertura de inventário, postulando a adjudicação de todos os bens da inventariada, por ser a sua única herdeira, já que os pactos firmados com o seu cônjuge o excluía de partilha de seus bens particulares e, também, pelo fato de não terem adquirido bens durante o casamento (f.).

O cônjuge supérstite, por sua vez, defende a sua concorrência, com a ascendente da *de cuius*, na sucessão.

Eis a questão posta em julgamento.

Partes

- Recorrente: E. M. P. S, espólio representado por E. P. P, inventariante.
- Recorrido: J. A. S.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito.

Assim como o nascimento com vida, a morte também gera efeitos jurídicos. Em que pese ela cause a extinção da personalidade jurídica e a dissolução da sociedade conjugal, o patrimônio e as obrigações do finado, via de regra, continuam hígidas, cabendo aos sucessores ocuparem a sua situação jurídica perante eles.

Ainda que as relações concernentes ao direito de família e o direito sucessório estejam intimamente ligadas, os direitos patrimoniais do casamento repercutem de forma particular na ordem de vocação hereditária. Assim, objetivando regulamentar a transferência do espólio do *de cuius*, o Código Civil disciplina, de forma minuciosa e cogente, as pessoas aptas a herdar e como será feita a partilha.

Falecida a pessoa, *ab intestato*, a sucessão dar-se-á na forma indicada nos arts. 1.829 *usque* 1.856 do CC/2002, que, entre outros temas, elenca a ordem de vocação hereditária.

O Código Civil de 2002, trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.

O art. 1.829, *caput*, I e II, do CC/2002, são categóricos: na falta de descendentes, a sucessão legítima defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge.

Observa-se que, em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento, ao contrário do que fora disposto no inc. I do art. 1.829 do CC/2002, em que o cônjuge supérstite concorrerá com os descendentes, salvo se casado no regime de comunhão universal, no de separação obrigatória, ou no de comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Ademais, não se pode olvidar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente, que, por si só, lhe garante o direito à concorrer na legítima com o ascendente do finado.

Destarte, nos termos do brocardo segundo o qual não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe, o cônjuge supérstite concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime de bens adotado no casamento com o *de cuius*.

Imperioso, ainda, destacar que, com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente também terá direito à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento.

Observa-se que, enquanto na herança há substituição da propriedade da coisa, na meação não, pois ela permanece com seu dono.

Doutrina citada

- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

Não há que se confundir, portanto, o direito de sucessão do cônjuge, em concorrência com os descendentes ou ascendentes, com a meação relacionada ao direito patrimonial do casamento.

Destaca-se, por oportuno, que o art. 1.685 do CC/2002, inserido no capítulo referente ao regime de participação final nos aquestos, é categórico em definir essa distinção, *in verbis*: “Na dissolução da sociedade conjugal por morte, *verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente* de conformidade com os artigos antecedentes, *deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código*”.

Além disso, a pretensão da recorrente de que o pacto antenupcial teria excluído o viúvo da sucessão dos bens próprios da falecida não prospera, porquanto o art. 1.655 do CC/2002 impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

A Prof. Maria Helena Diniz, ao apreciar esse dispositivo em sua obra, assim leciona:

“O pacto antenupcial deve contar tão somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposições legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos etc. (art. 1655, CC/2002). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública. Exemplificativamente, nulas serão as cláusulas, e não o pacto, que (...); (c) alterem a ordem de vocação hereditária; (...)” (DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 22. ed., Saraiva, 2007, vol. 5, p. 153).

In casu, o TJPE, ao apreciar a causa, assim se manifestou:

“De acordo com o Código Civil, em seu art. 1.837, concorrendo com o ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; se houver só um ascendente vivo o cônjuge herdará a metade da herança, não sendo possível, portanto, afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão, nem mesmo por escritura pública de pacto antenupcial, como pretende a agravante, inventariante/ascendente, porquanto tão somente através da deserdação se poderia excluir o cônjuge da legítima, o que não é a hipótese dos autos.

Na meação, os bens já pertencem ao cônjuge sobrevivo, enquanto que na sucessão os bens pertencem ao *de cujus*, sendo-lhes atribuídos a título de herança” (f.).

Verifica-se, então, que não há máculas no entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

Nega-se, portanto, provimento ao recurso especial.

É o voto.

Min. MASSAMI UYEDA, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; número do registro: 2007/0098236-3; REsp 954.567/PE: Números de origem: 0127304902 e 0127304903; Pauta: 05.05.2011; julgado: 05.05.2011; relator: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; presi-

dente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-geral da República: Exmo. Sr. Dr. Francisco Dias Teixeira; secretária: Bela. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação: recorrente: E. M. P. S.; espólio, representado por: E. P. P.: inventariante; advogado: Vicente Moreno Filho; recorrido: J. A. S.; advogado: José Rodrigues de Melo e outro(s).

Assunto: Direito civil – Sucessões – Inventário e partilha.

Certidão – Certifico que a E. TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Min. Massami Uyeda, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Sidnei Beneti, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Min. Nancy Andrighi. Aguarda o Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

VOTO-VISTA – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por E. M. P. S. – espólio, representado por sua inventariante E. P. P. – inventariante, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJPE.

Procedimento especial de jurisdição contenciosa (f.): abertura de inventário do patrimônio hereditário de E. M. P. S., requerido por sua genitora, a Sra. E. P. P., inventariante, sendo que o óbito ocorreu em 24.01.2004. Declara que a *de cujus* era casada com o Sr. J. A. S., recorrido, sob o regime de Participação Final de Aquestos. Informa que no pacto antenupcial firmado entre eles constava expressamente a exclusão de qualquer partilha do patrimônio de cada cônjuge adquirido antes do casamento.

Decisão interlocutória (f.): o i. Juiz, diante do pedido da inventariante de adjudicar a totalidade do monte integrante do espólio, decidiu partilhá-lo na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o viúvo e 50% (cinquenta por cento) para a sua ascendente.

Acórdão (f.): inconformado, o recorrente interpôs agravo de instrumento, ao qual o TJPE negou provimento por maioria, nos termos do acórdão assim ementado:

“Direito das sucessões – Meação – Regime patrimonial – Cônjuge supérstite – Direito à herança independente do regime matrimonial.

1 – De acordo com o Código Civil, em seu art. 1.837, concorrendo com o ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; se houver só um ascendente vivo o cônjuge herdará a metade da herança, não sendo possível, portanto, afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão, nem mesmo por escritura pública de pacto antenupcial, como pretende a agravante, inventariante/ascendente, porquanto tão somente através da deserdação se poderia excluir o cônjuge da legítima, o que não é a hipótese dos autos.

Por maioria, negou-se provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto.”

Embargos de declaração (f.): interposto pelo recorrente, foi rejeitado.

Recurso especial (f.): interposto com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 111, 112, 1.369, 1.672, 1.674, I, II e III, 1.725 e 1.837 do CC/2002.

Juízo de admissibilidade (f.): após a apresentação das contrarrazões (e-f.) o recurso especial foi admitido na origem.

Parecer do MPF (f.): opinou pelo improvimento do recurso especial.

O i. Min. rel. Massami Uyeda proferiu voto, no que foi acompanhado pelo i. Min. Sidnei Beneti, negando provimento ao recurso especial.

Pedi vista dos autos, para melhor examinar a controvérsia.

Revisados os autos, decido.

Irrepreensível, na hipótese, o entendimento adotado pelo i. Ministro relator, que proferiu voto negando provimento ao recurso especial, sob o fundamento de que “em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento”, ressaltando, ademais, a regra disposta no art. 1.655 do CC/2002.

Com efeito, a acolhida da pretensão da recorrente, qual seja, a não concorrência entre o cônjuge supérstite – casado com o *de cujus* sob o regime de participação final de aquestos – e o ascendente, no que diz respeito aos bens próprios da falecida, importaria na negação da vigência das regras do direito sucessório.

É verdade que no âmbito do direito de família a questão é diversa. Havendo a dissolução da sociedade conjugal em razão do falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito a sua meação, para qual o regime de bens adotado no casamento assume relevância. Contudo, tratando-se a hipótese dos autos de direito sucessório, mais especificadamente acerca da concorrência entre ascendentes e o cônjuge sobrevivente, o regime de bens adotado é irrelevante.

Isso porque, ao contrário do disposto no inc. I do art. 1.829 do CC/2002, que regula a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, o inc. II do mesmo dispositivo de lei não condicionou a concorrência entre ascendentes e o cônjuge sobrevivente ao regime de bens adotado no casamento, razão pela qual “caso o morto não deixe descendentes, herdamos concorrentemente, em igualdade de condições (art. 1.836, CC/2002), seus ascendentes e o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento, desde que preenchidos por ele os requisitos art. 1.830 do CC/2002” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 1284).

Legislação citada

- art. 105, III, *a* e *c*, da CF/1988; e arts. 111, 112, 1.369, 1.655, 1.672, 1.674, I, II e III, 1.685, 1.725, 1.829, I e II, 1.830; e 1.837 do CC/2002.

Por fim, a constatação do i. Relator de que o “art. 1.655 do CC/2002 impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei” só vem a reforçar a tese de descabimento do pleito recursal.

Forte nessas razões, Acompanho na íntegra o voto do i. Ministro relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 954.567/PE; número do registro: 2007/0098236-3; números de origem: 0127304902 e 0127304903; pauta: 05.05.2011; julgado: 10.05.2011; segredo de Justiça; relator: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. José Bonifácio Borges de Andrada; secretária: bela. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação: recorrente: E. M. P. S.; espólio, representado por: E. P. P.: inventariante; advogado: Vicente Moreno Filho; recorrido: J. A. S.; advogado: José Rodrigues de Melo e outro(s).

Assunto: Direito civil – Sucessões – Inventário e partilha.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Min. Nancy Andrichi, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro relator.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSC – *ApCiv 2011.057136-9* – 3.ª Câ. de Direito Público
– j. 03.04.2012 – v.u. – rel. Des. Carlos Adilson Silva – *DJe*
13.04.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – Projeto particular que contempla desmembramento do imóvel com instituição de servidão – Admissibilidade – Via de acesso público para outros Municípios que não pode ser exigida quando a área é muito estreita para fins de loteamento – Aproveitamento racional da propriedade urbana que se coaduna com a função social da propriedade e resguarda o direito social à moradia – Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que se impõe.

Veja também Doutrina

- Condomínio de lotes de terreno urbano, de Melhim Namem Chalhub – *RDI 67/101*;
- Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições, de Wanderli Acillo Gaetti – *RDI 70/173*;
- Da legalidade dos loteamentos fechados, de José Carlos de Freitas – *RT 750/148*;
- Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis, de Henrique Ferraz Corrêa de Mello – *RDI 61/28*;
- Loteamento fechado, de Nelson Kojranski – *RIASPO/128*; e
- Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram), de Margarida Costa Andrade – *RDI 71/93*.

RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público catarinense, em face de sentença que permitiu ao proprietário do imóvel promover desmembramento deste, em seis lotes, com instituição de servidão para acesso à via pública. O Ministério Público se opôs à postulação, sob o fundamento de que é inviável o mero desmembramento, uma vez que, o parcelamento do solo com abertura de vias de acesso deve ser sempre pela modalidade de loteamento. O juízo *a quo* entendeu possível o fracionamento do referido imóvel, instituindo-se servidão para dar aos lotes acesso à via pública.

Ao julgar a apelação, o Des. Carlos Adilson Silva, relator do acórdão, entendeu que a única forma efetiva de dividir o imóvel em lotes é da maneira apresentada pelo proprietário. Afirmou que todas as formalidades registrárias foram cumpridas e que não há oposição das autoridades municipais, já que foram observadas as exigências do Plano Diretor local. Em relação à via de acesso aos referidos lotes ser mediante instituição de servidão, entendeu o Relator que o imóvel é muito estreito para que a abertura de uma via pública com a metragem apontada pelo Ministério Público, sendo

possível a servidão pretendida. Desta forma, não há inobservância ao art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), mas sim uma compatibilização do conceito legal de desmembramento com o princípio da razoabilidade, permitindo a conjugação com a servidão, sem ofensa ao artigo mencionado.

Pelo exposto, a 3.ª Câmara de Direito Público do TJSC decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do Relator, pelo improvemento do recurso, mantendo-se a sentença proferida originariamente e entendendo que, verificada a impossibilidade fática em se implementar um loteamento com todas as condições e acréscimos estruturais exigidos pela legislação, deve-se assegurar o aproveitamento racional da propriedade, à vista dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, objetivando preservar a função social da propriedade e resguardar o direito social à moradia.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ApCiv 2011.057136-9 – SC.

Relator: Des. Carlos Adilson Silva.

Órgão julgador: 3.ª Câm. de Direito Público.

Data de julgamento: 03.04.2012.

Data da publicação: 13.04.2012.

Juiz prolator: Orlando Luiz Zanon Júnior.

Ementa: Apelação cível. Suspitação de dúvida. Parcelamento do solo. Impugnação ministerial no sentido da necessidade de loteamento. Projeto particular que contempla apenas desmembramento. Peculiaridades do caso concreto. Sistema viário existente que atende suficientemente as necessidades da localidade. Loteamento prescindível, sob pena de inviabilização do parcelamento do solo. Aplicação dos primados da proporcionalidade e da razoabilidade. Parecer ministerial equivocado. Pretensão repelida. Decisão mantida. Recurso desprovido.

À vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificada a impossibilidade fática em se implementar um loteamento com todas as condições e acréscimos estruturais exigidos pela legislação, a manutenção da sentença que assegurou o aproveitamento racional da propriedade urbana é medida de justiça que vem ao encontro da função social da propriedade e resguarda o direito social à moradia.

Demais disso, não se verifica no caso em apreço, o intuito do proprietário de driblar a necessidade de dedicação de áreas para equipamentos urbanos, contando, inclusive com a anuência do ente municipal.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 2011.057136-9, da comarca de Presidente Getúlio (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Alexandre da Rocha Souza:

A 3.^a Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, presidente, com voto e Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 03 de abril de 2012 – Carlos Adilson Silva, relator.

RELATÓRIO – Na comarca de Presidente Getúlio, o registrador substituto do Cartório de Registro de Imóveis, atendendo parecer do Ministério Público, apresentou suscitação de dúvida sobre a viabilidade ou não do desmembramento de imóvel urbano em lotes acessíveis por uma servidão.

O Ministério Público se opôs à postulação, sob o fundamento de que é inviável o mero desmembramento, haja vista que o parcelamento com abertura de vias de acesso deve ser feita sempre por loteamento (f.).

Sentenciando, o togado singular resolveu o mérito para autorizar administrativamente o desmembramento proposto nos autos, com a instituição de servidão (f.).

Inconformada, a representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, reiterando o argumento que o caso posto em dúvida é de loteamento e não de parcelamento, motivo pelo qual deve ser negado o registro solicitado (f.).

Contrarrazões juntadas às f.

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, sendo posteriormente distribuídos a este Relator, designado para atuar neste Órgão Fracionário.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues no sentido de provimento do recurso (f.).

É o relatório.

VOTO – Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursais, conheço do recurso.

Na espécie, verifica-se que o imóvel objeto da controvérsia é o terreno de matrícula 5.689 do Registro de Imóveis da Comarca de Presidente Getúlio, com a área de 4.041,00m², situado no Município de Dona Emma (SC), consoante infere-se da certidão de fls., sendo o objetivo do proprietário repartir o referido imóvel em 6 lotes, com metragens de 307,70m² (lote 1), 605,30m² (lote 2), 483,40m² (lote 3), 456,65m² (lote 4), 429,90m² (lote 5) e 634,80m² (útil do lote 6), conforme mapeamento de f.

O recurso não merece provimento.

Vale lembrar, neste ponto, o ensinamento sempre lembrado de Hely Lopes Meirelles, a respeito da inegável e sempre preeminente necessidade da adoção de “medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.” (*Direito municipal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 33).

No entanto, da criteriosa análise dos autos, constata-se que a única forma efetiva de dividir o imóvel em lotes é da maneira proposta pelo proprietário, porquanto a metragem de fundos é muito superior à linha de frente do imóvel para a rua pública, conforme mapa total de f.

Partes

- Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.
- Apelado: Alexandre da Rocha Souza.

Anote-se que as formalidades registras foram preenchidas (documentação acostada aos autos), bem como as autoridades municipais não se opõem à repartição do terreno, pois observadas as exigências do Plano Diretor local (Lei municipal 91/2008), consoante fls. (autorização da municipalidade) e nas f. (legislação local).

No entanto, persiste a dúvida quanto à via de acesso aos referidos lotes, considerando o ponto de vista do proprietário, que pretende abrir uma servidão com largura de 7,50 metros (f.), em oposição à tese do Ministério Público, salientando ser necessária a abertura de via pública de acesso, por entender cuidar-se de loteamento, ensejando a necessidade de uma rua com largura de 13,50 metros (f.).

De acordo com Rui Geraldo Camargo Viana, “ao lado do loteamento, caracterizado pelo desenvolvimento ou ampliação de bairros, aumentando o espaço urbano, aparece o conceito de desmembramento. Configura desmembramento o mesmo fenômeno de repartição de terra, desde que operado dentro do sistema urbanístico existente, influenciando, apenas, na densidade de ocupação dos espaços já urbanizados, não afetando, principalmente, o perfil das vias e logradouros pre-existentes” (*O parcelamento do solo urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 51).

A sustentação ministerial está lastreada em interpretação do art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano), segundo o qual:

“Art. 2.º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1.º. Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2.º. Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.”

Da leitura desses parágrafos, infere-se que haverá o desmembramento no caso do aproveitamento do sistema viário existente, sem a abertura de novas vias e logradouros públicos, ou mesmo a modificação daqueles já existentes, ao contrário do loteamento, que pressupõe dita abertura ou modificação.

Assim, segundo a Promotoria de Justiça, a intenção do proprietário é “burlar as exigências para loteamento” (f.), na medida em que a ‘servidão’ seria uma ‘via

de acesso' disfarçada, razão pela qual a conduta correta é efetuar-se um loteamento e não um desmembramento. Portanto, para o órgão ministerial os lotes deveriam necessariamente serem servidos por uma rua sem saída.

Apesar de sedutores os argumentos ventilados, analisando detidamente os autos e à luz da pequena área do imóvel, conclui-se que o mesmo é muito estreito para fins de loteamento. Como bem ressaltado pelo magistrado singular “acaso considerada a justificativa legal do Ministério Público para impedir o desmembramento, a única solução plausível seria a instituição do condomínio vertical entre os atuais titulares dos lotes, como única maneira de viabilizar a função social daquela propriedade” (f.).

Nesse cenário, imperioso laborar-se em uma harmonização dos preceitos legais antes mencionados (art. 2.º, § 1.º e 2.º, da Lei do Parcelamento de Solo Urbano), considerando-se a realidade fática instalada e as diretrizes principiológicas da boa-fé objetiva (art. 113 do CC/2002) e da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII, da CF/1988).

De acordo com a apreciação conjugada dos textos normativos acima descritos, articulados com o princípio da função social da propriedade, e considerando o interesse da municipalidade no bom aproveitamento do imóvel em questão (delineado nos autos, especialmente as fls.), forçoso concluir pela admissão do desmembramento na hipótese vertente.

Não se verifica a tentativa do proprietário em supostamente mascarar um loteamento com a criação de um desmembramento com servidão, à vista da pequena área, de modo que a única maneira de aproveitá-lo racional e razoavelmente é promover seu desmembramento, com a instituição de uma servidão, até porque inexistente espaço suficiente no imóvel para aparelhos públicos típicos de loteamento, como ruas amplas e bem planejadas.

Diante disso, não há malferimento aos preceitos da Lei de Parcelamento de Solo Urbano, pois o caso versa sim sobre um desmembramento, sem abertura de vias, mas com a instituição de uma servidão, que não é uma via pública propriamente dita, haja vista que serve somente aos lotes daquele imóvel desmembrando, inclusive por não ter saída.

A premissa de que efetivamente se trata de uma servidão (e não de uma via pública somente cabível em sede de loteamento) está bem fundada no fato de que se trata de um acesso sem saída, ou seja, que não será integrado na malha viária municipal, e o passeio de acesso “serve” somente aos 6 (seis) lotes ora em questão e, portanto, não é “via de acesso público” para outros munícipes.

Assim, não há inobservância ao art. 2.º, § 1.º e 2.º, da Lei 6.766/1979, mas sim uma compatibilização do conceito legal de desmembramento com o primado

Doutrina citada

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 33.

da razoabilidade, no sentido de permitir sua conjugação com o instituto legal da servidão, sem ofensa à leitura literal do artigo de lei, tudo com vistas à articulação com o princípio da função social da propriedade, ou seja, confere-se outra interpretação ao regramento jurídico, distinta daquela oferecida pelo órgão ministerial.

Ainda nesse passo, registre-se que, mesmo denegado o desmembramento, o imóvel não poderia ser integralmente aproveitado (dividido em lotes para edificações de 6 [seis] moradias), pois a ampliação da via de acesso de 7,50 metros para 13,50 metros consumiria enorme área útil do referido bem, resultando em inegável déficit de razoabilidade no uso do solo urbano.

Demais disso, absolutamente desproporcional seguir as regras de loteamento, estabelecidas para racionalizar a utilização de grandes glebas urbanas, para que se desmembre apenas 06 (seis) lotes, em imóvel estreito de pouco mais de 4.000m².

No particular, incide o elemento da proporcionalidade em sentido estrito no sentido da exigência de uma medida frente às desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. Em outras palavras, não se trata aqui de afastar o interesse público em contar com vias amplas e seguras, mas simplesmente de impedir a atividade empresarial do proprietário do terreno.

Razoável, portanto, a conjugação dos permissivos legais de desmembramento com os de instituição de servidão, estabelecimentos normativos elaborados justamente para situações como a que ora se apresenta pois é absolutamente desnecessária uma via de acesso, sem saída, de 13,50 metros de largura apenas para servir 6 (seis) lotes de área residencial, que podem bem ser assistidos por uma servidão de 7,5 metros de largura.

Além de todo o exposto, não se vislumbra má-fé do proprietário em contornar a exigência legal de loteamento, mas sim uma proposta de utilização do solo urbano que somente é viável mediante desmembramento com instituição de servidão, mesmo porque tal destinação compulsória é faticamente inviável diante das dimensões e conformações do terreno em tela, consoante se verifica dos documentos acostados aos autos, em especial os de f.

Legislação citada

- art. 5.º, XXIII, da CF/1988; art. 113 do CC/2002; art. 2.º, § 1.º e 2.º, da Lei 6.766/1979; art. 4.º do Dec.-lei 271/1967; e art. 2.º, IX e XV, da Lei 10.257/2001.

Prozada a intenção do proprietário em viabilizar financeira e materialmente tal imóvel, insuscetível de loteamento, deve ser aproveitado da única forma que é possível diante das condições jurídicas e fáticas existentes, justamente sobre a única modalidade praticável, qual seja, o desmembramento com instituição de servidão.

Como bem asseverado na decisão recorrida, “não desconheço que foi vetada a modificação legal ao desmembramento com sistema viário.

Contudo, a justificativa apresentada pelo Presidente da República era evitar que fosse utilizado tal instituto de má-fé, somente com o intuito de driblar a necessi-

dade de dedicação de áreas para aparelhos urbanos” (cf. Nicolau Balbino Filho. *Registro de imóveis*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 364) (f.).

Nesse sentido caminha a jurisprudência deste Tribunal:

“Apelação cível. Suscitação de dúvida. Desmembramento de gleba de terra. Aproveitamento do sistema viário existente. Desnecessidade de se criar sistema de infraestrutura básica. Parecer ministerial equivocado. Pretensão repelida. *Decisum* mantido. Recurso conhecido e improvido” (AC 2011.046378-7, de Joaçaba, j. 18.10.2011, rel. Des. Saul Steil).

E do STJ:

“Segundo o disposto no Dec.-lei 271/1967, no loteamento exige-se a previsão de infraestrutura, com criação de vias públicas e outros espaços e equipamentos urbanos, que passam a integrar o domínio público do Município desde a data da inscrição do loteamento (art. 4.º). No desmembramento, parcelamento de área de menor complexidade, tal exigência é dispensada, porque são suficientes o sistema viário e os logradouros públicos existentes. Nada impede, contudo, que, como no caso em exame, o proprietário desmembrador opte por criar via de acesso, cedendo a faixa respectiva ao Município” (REsp 323821/RJ, j. 06.12.2011, Min. Maria Isabel Gallotti).

Sublinhe-se, por fim, que a presente decisão atende às diretrizes de política urbana previstas no Estatuto da Cidade, mormente quanto ao art. 2.º, IX e XV, da Lei 10.257/2001, no sentido do “aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais”, e principalmente na “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

Com efeito, acaso seguida a promoção ministerial, certamente se estará subutilizando a área do imóvel, ante a diminuição do número de lotes edificáveis, sem que se vislumbre qualquer benefício ambiental ou de racionalidade urbana, em flagrante ofensa aos preceitos da função social da propriedade (CRFB) e do aproveitamento urbano para moradia (Estatuto da Cidade).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso com base no aproveitamento racional da propriedade urbana (faceta da função social) e nos primados da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, junte-se a petição protocolizada em 23.11.2011 sob o n. 029358.

Este é o voto.

Jurisprudência citada

- STJ: REsp 323821/RJ.
- TJSC: ApCiv 2011.046378-7.

Tribunal de Justiça de São Paulo – Conselho Superior da Magistratura

TJSP – *ApCiv 0011977-27.2011.8.26.0576* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 01.03.2012 – v.u. – Comarca de São José do Rio Preto – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 11.04.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda dos autos de arrolamento de bens – Alegação de inexistência de prova da morte dos herdeiros do *de cuius* que viola a continuidade do registro – Inadmissibilidade – Princípio que se atém ao exame da pessoa que transfere o direito e não o de quem o recebe – Qualificação registrária que, ademais, ingressa no mérito do título judicial, o que não se permite na via administrativa – Registro do título que se impõe, em razão da inexistência de vício formal.

Veja também Jurisprudência

- *RDI* 71/451 e *RDI* 60/378.

Veja também Doutrina

- Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis, de Ricardo Dip – *RDI* 64/243;
- Hermenêutica registral, de Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior – *RDI* 70/405;
- Registro de imóveis (Lei 6.015, de 31.12.1973). A caminhada de um título da recepção ao ato final, de Ulysses da Silva – *RDI* 45/42;
- Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil, de Flauzilino Araújo dos Santos – *RDI* 56/175;
- Sobre a qualificação no registro de imóveis, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 29/33; e
- Títulos judiciais e a sua repercussão registral, de João Pedro Lamana Paiva – *RDI* 45/28.

RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público paulista buscando a reforma de decisão que julgou improcedente dúvida suscitada pelo oficial registrador, permitindo o registro de carta de adjudicação extraída dos autos de arrolamento dos bens deixados pelo *de cuius*. Em suas

razões, o Ministério Público alega que a dúvida encontra-se prejudicada porque o interessado se conformou com uma das exigências elencadas pelo oficial registrador. Quanto ao mérito, afirma que os títulos judiciais não são imunes à qualificação registrária e que a referida carta de adjudicação ofende os princípios da legalidade e da continuidade.

Ao julgar o recurso, entendeu o relator, Des. José Renato Nalini, preliminarmente, que a dúvida não se encontra prejudicada, uma vez que o interessado apresentou documento solicitado em nota de devolução diretamente no Registro de Imóveis. Foi nesta oportunidade que requereu a suscitação de dúvida em relação às demais exigências e não durante a tramitação da dúvida. Ressalta o relator que o cumprimento de exigência diretamente no Registro Imobiliário – o que se permite – não deve ser confundido com irrisignação parcial, que ocorre apenas depois de iniciado o procedimento administrativo de dúvida. Ademais, para o relator, não há se falar em prejudicialidade em decorrência da não apresentação das vias originais, pois, se tratando de carta de adjudicação com arrolamento de bens, as vias originais permanecem nos autos, entregando-se ao interessado somente cópias autenticadas pelo ofício judicial da vara correspondente. No tocante ao mérito, é pacífico o entendimento do E. Conselho Superior da Magistratura de que os títulos judiciais não são imunes à qualificação registrária, mas que esta deve se restringir ao exame dos elementos extrínsecos do título, sem adentrar no mérito da decisão. Ao qualificar o título, o oficial questionou a ordem de vocação hereditária definida no arrolamento de bens – elemento intrínseco do título – e ingressou no mérito da r. sentença, ultrapassando o alcance da qualificação registrária. Ademais, o oficial registrador devolveu o título sob o argumento de que não foram comprovados os falecimentos dos avós maternos da autora da herança, os quais teriam direito à metade de herança conforme disposição do art. 1.836, §§ 1.º e 2.º do Código Civil, acarretando em violação do princípio da continuidade, previsto nos arts. 195 e 237, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Para o relator, tanto a doutrina, quanto os dispositivos mencionados mostram que a observância da continuidade leva em conta o exame da pessoa que transfere o direito e não o de quem o recebe. *In casu*, a continuidade está preservada, uma vez que, quem transferiu o direito – autora da herança – figura no Registro Imobiliário como seu titular.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo concluiu que não assiste razão na devolução da carta de adjudicação e negou, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, provimento ao recurso, devendo permanecer a r. sentença que permitiu o registro do título, pois o título apresentado encontra-se formalmente em ordem.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

CSMSP – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – ApCiv 0011977-27.2011.8.26.0576 – j. 01.03.2012 – v.u. – Comarca de São José do Rio Preto – rel. Des. José Renato Nalini – DJe 11.04.2012.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0011977-27.2011.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante Ministério Público do Estado de São Paulo e apelado o Roberto Siqueira.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Antônio Augusto Corrêa Vianna, Decano, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes da Seção de Direito Público, de Direito Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 01 de março de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Dúvida julgada improcedente determinando o registro da carta de adjudicação oriunda de arrolamento de bens – Recusa do Oficial de Registro de Imóveis fundada na violação do princípio da continuidade – Inocorrência – Qualificação registral que não pode discutir o mérito da decisão judicial – Recurso não provido.

Legislação citada

- art. 1.836, §§ 1.º e 2.º, do CC/2002; e arts. 195 e 237, da Lei 6.015/1973.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando a reforma da r. sentença de f., que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo 2.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto, para permitir o registro, no imóvel objeto da matrícula 6.317, daquela Serventia de Imóveis, da carta de adjudicação extraída dos autos do arrolamento dos bens deixados pelo falecimento de Lazara Thomé de Siqueira, processo 576.01.2009.057816-2, que tramitou perante a E. 1.ª Vara de Família e Sucessões daquela Comarca.

Alega o apelante, em preliminar, que a dúvida encontra-se prejudicada porque o interessado no registro se conformou com uma das exigências do Oficial de Registro de Imóveis; no mérito, aduz que os títulos judiciais não são imunes à qualificação do Oficial de Registro de Imóveis e que a carta de adjudicação em questão fere os princípios da legalidade e da continuidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

De início, observe-se que a dúvida não se encontra prejudicada porque o interessado apresentou o documento solicitado em nota devolutiva diretamente no Registro de Imóveis, na oportunidade em que requereu a suscitação da dúvida em relação às demais exigências, e não durante o trâmite da dúvida. Não há que se confundir cumprimento de exigência diretamente na Serventia de Imóveis – o que é permitido – com irrisignação parcial, que ocorre apenas depois de iniciado o procedimento administrativo da dúvida.

Também não há que se falar em prejudicialidade decorrente da não apresentação das vias originais porque, em se tratando de carta de adjudicação oriunda de arrolamento de bens, as vias originais permanecem nos autos, entregando-se ao interessado cópias autenticadas pelo ofício judicial da Vara de Família e Sucessões (f.).

Na questão de fundo, a dúvida, malgrado o zelo do Oficial, é improcedente, devendo ser mantida a r. sentença que permitiu o registro do título (f.).

É certo que também os títulos judiciais submetem-se à qualificação registrária, 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 registrária, 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).

Contudo, a qualificação que recai sobre os títulos judiciais não é irrestrita, de modo que deve se restringir ao exame dos elementos extrínsecos, sem promover incursão sobre o mérito da decisão que o embasa.

No caso em exame, o Oficial recusou o ingresso do título diante da não comprovação da morte dos avós maternos da autora da herança Lazara Thomé de Siqueira, os quais teriam direito à metade da herança na forma do art. 1.836, §§ 1.º e 2.º, do Código Civil. Entendeu que a inexistência dessa prova implica violação da continuidade.

O princípio da continuidade, segundo Afrânio de Carvalho, 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 a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente” (*Registro de imóveis*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 254).

Narciso Orlandi Neto, *Retificação do registro de imóveis*, Ed. Juarez de Oliveira, p. 55-56, na mesma linha, observa que:

“No sistema que adota o princípio da continuidade, os registros têm de observar um encadeamento subjetivo. Os atos têm de ter, numa das partes, a pessoa cujo nome já consta do registro. A pessoa que transmite um direito tem de constar do registro como titular desse direito, valendo para o registro o que vale para validade dos negócios: *nemo dat quod non habet*”.

No ordenamento específico, o princípio da continuidade está previsto nos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/1973:

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

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

Como se vê, tanto as doutrinas quanto os dispositivos legais citados mostram que a observância da continuidade leva em conta o exame da pessoa que transfere o direito; não o de quem o recebe.

Na hipótese em análise, a continuidade está preservada porque quem transferiu o direito (a autora da herança) figura no Registro de Imóveis como seu titular (v. R.2, f.).

Mas não é só.

A qualificação do Oficial de Registro de Imóveis, ao questionar a ordem de vocação hereditária definida no arrolamento de bens, 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.

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. 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*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 300).

Na mesma direção, a r. decisão da E. 1.^a Vara de Registros Públicos, da lavra do então MM. Juiz Narciso Orlandi Neto:

“Não compete ao Oficial discutir as questões decididas no processo de inventário, incluindo a obediência ou não às disposições do Código Civil, 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).

Portanto, em caso de eventual desacerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, poderá o interessado se valer dos recursos e ações previstos no or-

denamento 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 – acerto da vocação hereditária discutida no arrolamento de bens –, o que lhe é defeso, por se tratar de elemento intrínseco do título que lhe foi apresentado. Deste modo, não há que se exigir decisão específica do MM. Juízo do qual o título é oriundo afastando a exigência.

Assim, a recusa do Oficial de Registro de Imóveis deve ser afastada porque o título encontra-se formalmente em ordem, como bem decidiu o MM. Juiz Corregedor Permanente.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DJE 11.04.2012).

TJSP – *ApCiv 0012160-45.2010.8.26.0604* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 06.10.2011 – v.u. – Comarca de Sumaré – rel. designado Des. Fernando Antonio Maia da Cunha – *DJe* 31.01.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar compromisso de compra e venda de imóvel em loteamento urbano – Admissibilidade – Ausência de prova da quitação que inviabiliza o registro – Interpretação da lei restrita aos registros de loteamento populares que, entretanto, não se coaduna com o fim social da propriedade e o bem comum – Inteligência do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979.

Veja também Jurisprudência

- RT 733/318.

Veja também Doutrina

- A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, de José Osório de Azevedo Júnior – *RIASP* 20/152;
- Compromisso de compra e venda. Recibos de pagamentos feitos. Registro da alienação, de Luiz Tâmbara – *RDI* 55/350;
- Dúvida registral nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73. Registro de compromisso de venda e compra. Instrumento particular. Interpretação dos arts. 108, 134, 1.417 e 1.418 do atual CC, de Venício Antonio de Paula Salles – *RDI* 54/342; e
- Registro de imóveis (Lei 6.015, de 31.12.1973). A caminhada de um título da recepção ao ato final, de Ulysses da Silva – *RDI* 45/42.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo oficial registrador, onde o apelante alega, essencialmente, que a escritura pública é prescindível para a transmissão da propriedade imóvel, nos casos de compromisso de compra e venda em loteamento, conforme disposição do art. 26, § 6.º, da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979). Afirma que, ao contrário do determinado pelo MM. Juiz corregedor, não postula o registro do referido compromisso apenas para ciência de terceiros, mas tem como objetivo, com tal registro, a efetiva transmissão da propriedade.

Ao julgar o recurso, o relator designado, Des. Fernando Antonio Maia da Cunha, entendeu que o cerne da dúvida consiste na interpretação do artigo acima mencionado. Afirmou que a orientação do C. Conselho Superior da Magistratura sempre foi no sentido de que tal dispositivo legal deveria ser interpretado restritivamente, já que se trata de exceção à regra geral, segundo a qual se exige

escritura pública para a transferência da propriedade, devendo ser aplicado apenas aos registros decorrentes de compromisso de compra e venda firmados para a aquisição de lotes, pois tal artigo foi introduzido na Lei 6.766/1979 pela Lei 9.785/1999, justificando a interpretação sistemática que se vem dando ao dispositivo. Contudo, pela leitura do referido artigo, percebe-se que não houve menção do legislador a loteamentos populares, tratando-se de norma genérica dirigida a aquisição de qualquer lote, não devendo prevalecer a orientação anterior. Ademais, afirma que sequer foi cogitada outra hipótese de interpretação pelos doutrinadores que teceram seus comentários acerca do assunto, que não aquela apontada pelo relator designado. Finalizando seus argumentos quanto a esta questão, entendeu que a simplificação da primeira transferência da propriedade, realizada entre o loteador e o adquirente, independentemente da natureza do lote, facilita a inserção do bem no mercado, contribuindo para a circulação de riquezas e cumprindo o disposto no art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que, ao aplicar a lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Quanto ao registro do título dispensando-se a escritura pública, ressaltou que não foi apresentada prova de quitação a que diz respeito o art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979, inviabilizando o mesmo por falta de prova de quitação do preço.

Diante destes argumentos, o relator designado votou pelo improvimento do recurso, com a observação de que o dispositivo da decisão deve ser retificado para que conste o julgamento da procedência da dúvida, sendo tal posicionamento adotado pelos Des. do C. Conselho Superior da Magistratura, mediante voto do relator, Des. Maurício Vidigal, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator designado, negando provimento ao recurso.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

CSMSP – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – ApCiv 0012160-45.2010.8.26.0604 – j. 06.10.2011 – v.u. – Comarca de Sumaré – rel. designado Des. Fernando Antonio Maia da Cunha – DJe 31.01.2012.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0012160-45.2010.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante Saulo Negrão Baldani e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto vencedor do Des. Fernando Antonio Maia da Cunha que, juntamente com o voto do Desembargador relator, ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Roberto Bedran, Presidente do Tribunal de Justiça, José Santana, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça,

José Geraldo Barreto Fonseca, Decano, Ciro Pinheiro e Campos, Luis Antonio Ganzerla e Fernando Antonio Maia da Cunha, respectivamente, Presidentes da Seção Criminal, de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 06 de outubro de 2011 – Des. Maurício Vidigal, Corregedor Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Dúvida – Compromisso de venda e compra de imóvel em loteamento – Transmissão da propriedade – Possibilidade – Exegese restritiva do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979 afastada – Falta de prova da quitação – Recurso não provido – Retificação do dispositivo, para constar julgamento de procedência da dúvida.

Da decisão de improcedência da dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Sumaré (f.) interpôs apelação Saulo Negrão Baldani, alegando essencialmente que o instrumento público é prescindível para transmissão da propriedade imóvel, nos termos do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979 (f.).

Legislação citada

- art. 5.º da LINDB; art. 1.417 do CC/2002; art. 26, §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, da Lei 6.766/1979; e Lei 9.785/1999.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (f.).

Esse o relatório.

Pretende-se o registro de compromisso de venda e compra de imóvel em loteamento urbano não com efeito de direito real de aquisição (art. 1.417 do CC/2002) mas sim como sucedâneo de título translativo de domínio.

A improcedência da dúvida implica o ingresso do título.

Porém, no caso o registro não foi deferido com o efeito colimado *ab initio* pelo interessado (aquisição de propriedade).

Forçosa então a retificação do dispositivo para considerar a dúvida, pelo fundamento suscitado pelo oficial, procedente. Não há olvidar que a qualificação do título pelo órgão judicial deve ser completa e exaustiva e por essa razão a apelação devolve a matéria por inteiro, não se aplicando a parêmia *tantum devolutum quantum appellatum* (ApCiv 11.584-0/0, j. 31.10.1990, rel. Des. Onei Raphael; ApCiv 33.111-0/3, j. 29.08.1996, rel. Márcio Martins Bonilha).

O recurso não comporta provimento.

Era entendimento do Conselho Superior da Magistratura a aplicação restritiva do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979, por ser exceção à regra geral, a ser interpretada “sistemática e teleologicamente com os demais parágrafos simultaneamente introduzidos no art. 26 da Lei 6.766/1979 por legislação posterior, o que resulta na conclusão de que ele alcança somente os loteamentos populares, de forma a be-

neficiar com praticidade e menor ônus os adquirentes de lotes daquela natureza” (ApCiv 201-6/0, j. 08.06.2004, rel. José Mário Antonio Cardinale; no mesmo sentido: Apelações Cíveis 92.208-0/8 e 100.339-0/6, j. respectivamente, em 12.08.2002 e 11.09.2003, relatadas pelo Des. Luiz Tâmbara).

Essa orientação é agora modificada com adoção dos fundamentos expressos no voto vencedor do Des. Maia da Cunha.

Prevalece, contudo, o impedimento ao registro no caso concreto pela ausência de prova de quitação do preço.

Em face do exposto, *nega-se provimento ao recurso*, retificando-se o dispositivo da decisão para que conste o julgamento de procedência da dúvida.

Des. MAURÍCIO VIDIGAL, Corregedor Geral da Justiça e relator.

VOTO – Declaração de voto vencedor – Registro de imóveis. Compromisso de compra e venda de imóvel loteado. Possibilidade do registro com efeito translativo da propriedade, desde que acompanhado da prova de quitação. Redação clara do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979. Interpretação restritiva que não pode prevalecer. Hipótese, no entanto, em que o registro é inviável ante a falta de prova da quitação. Recurso a que se nega provimento, retificando-se o dispositivo da decisão para que conste o julgamento da procedência da dúvida.

Trata-se de apelação interposta por Saulo Negrão Baldani, objetivando a reforma da decisão prolatada pelo Juiz Corregedor da Comarca de Sumaré, que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Sumaré. Afirma que, ao contrário do determinado pelo MM. Juiz Corregedor, não postula o mero registro da existência do compromisso para ciência de terceiros, mas sim o registro do compromisso de compra e venda, com força de escritura pública, para a efetiva transferência da propriedade, nos termos do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório do essencial.

O cerne da dúvida consiste na interpretação do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979, cujo teor vale transcrever:

“Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.”

A orientação deste C. Conselho Superior da Magistratura sempre foi de que o dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente, por se tratar de exceção à regra geral segundo a qual se exige a forma solene da escritura pública para a transferência da propriedade. Sustenta-se que o § 6.º foi introduzido pela Lei 9.785/1999, juntamente com os §§ 3.º, 4.º e 5.º, do mesmo artigo, o que justifica

a interpretação sistemática para apenas autorizar o registro dos compromissos de compra e venda firmados para a aquisição de lotes populares.

Ocorre que, salvo melhor juízo deste E. Conselho, a interpretação não conven-
ce.

Pela leitura do art. 26, § 6.º, percebe-se que não houve menção do legislador a loteamentos populares, tratando-se de norma genérica, aparentemente dirigida ao registro da propriedade de qualquer lote. A redação é clara, sem ambiguidades, o que, em tese, dispensaria maior esforço hermenêutico.

Tanto assim que sequer foi cogitada interpretação diversa pelos doutrinadores que comentaram as inovações legislativas introduzidas pela Lei 9.785, de 29.01.1999, logo após sua edição.

Marcelo Berthe, em artigo intitulado “As alterações das Leis federais 6.015/73 e 6.766/79 e do dec-Lei federal 3.365/41. Algumas notas sobre os reflexos no registro imobiliário”, comenta que o § 6.º, do art. 26, envolve matéria de grande relevância, “porque se refere não só às cessões de posse, mas também aos compromissos de compra e venda em geral, tratados no art. 26 da lei 6.766/79, bem como às respectivas cessões e promessas de cessão” (*Revista de Direito Imobiliário*, n. 46, ano 22, p. 50, jan.-jun. 1999).

João Baptista Galhardo, após transcrever o teor do § 6.º e consignar a validade dos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, como títulos para o registro da propriedade, ressalva apenas que a validade limita-se à primeira transferência, do loteador para o primeiro adquirente, valendo transcrever: “Esse parágrafo aplica-se uma única vez com referência ao lote, ou seja, quando o domínio houver de ser transferido do loteador para o comprador” (*Aspectos registrários da aplicação da Lei federal n. 9.785, de 29.01.1999, Revista de Direito Imobiliário*, n. 46, ano 22, p. 38, jan.-jun. 1999), sem qualquer alusão ou restrição da aplicabilidade do dispositivo a loteamentos populares.

Nesse contexto, respeitosamente, é possível afirmar que a interpretação restritiva acolhida por este C. Conselho Superior da Magistratura não se coaduna com a literalidade do texto legal e com a ideia inspiradora da norma acima mencionada.

Cumprindo então enfrentar a questão sob o enfoque da interpretação sistemática e teleológica.

Alega-se que o § 6.º, do art. 26, deve ser interpretado à luz dos §§ 3.º, 4.º e 5.º do mesmo dispositivo, que trata das cessões de posse de parcelamentos populares, tratando-se de dispositivo voltado a realizar uma função social em benefício da população de baixa renda.

Ocorre que, salvo melhor juízo, a função social na lei de parcelamento do solo não se limita aos loteamentos populares, estendendo-se ao regramento do tema em geral. Isso porque o parcelamento do solo está diretamente ligado ao crescimento das cidades, à destinação de áreas para uso residencial, comercial e industrial,

e à criação de áreas públicas como ruas e praças, envolvendo o interesse público na organização e aproveitamento dos espaços, em benefício da coletividade. Daí afirmar-se que: “O registro predial, em matéria de parcelamento do solo, não atua tão somente como tábua da propriedade e de suas mutações. Ele figura como instrumento de controle urbanístico e protetivo-social” (Beatriz Augusta Pinheiro Samburgo, Cláudia Helena Tamiso e José Carlos de Freitas. Comentários à Lei 9.785, de 29.01.1999, sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 46, ano 22, p. 11, jan.-jun. 1999).

Nessa esteira, o argumento calcado na função social não se afigura suficiente para limitar o alcance do § 6.º aos lotes populares, haja vista que a função social refere-se à lei de parcelamento do solo como um todo, não se resumindo a proteger a população de baixa renda: “As leis sobre loteamento são leis protetivas, de ordem pública, com forte conteúdo social” (José Osório de Azevedo Júnior. A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 20, ano 10, p. 161, jul.-dez. 2007).

Por fim, cabe acrescentar um derradeiro argumento de cunho interpretativo.

A regra do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil,^{NE} determina que, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ora, a simplificação da primeira transferência da propriedade, do loteador ao adquirente, independentemente da natureza do lote, acaba por facilitar a inserção do bem no mercado, contribuindo para a segurança jurídica e para a circulação de riqueza, coadunando-se como o bem comum e com o fim social de zelar pela juridicidade do parcelamento.

Daí porque, como conclui o Des. José Osório de Azevedo Jr., “a interpretação que se impõe, a meu ver, é uma só: esse preceito do § 6.º, em matéria de loteamento urbano, é genérico, e portanto aplicável a qualquer loteamento e não apenas aos especialíssimos ‘parcelamentos populares’” (A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 20, ano 10, p. 159, jul.-dez. 2007).

Assim, por todo o exposto, a conclusão a que se chega é a de que o § 6.º, do art. 26, da Lei 6.766/1979, não se limita a loteamentos populares, autorizando o

Jurisprudência citada

- TJSP: ApCiv 11.584-0/0, ApCiv 33.111-0/3, ApCiv 201-6/0, ApCiv 92.208-0/8 e ApCiv 100.339-0/6.

NE. Nota do Editorial: Refere-se à Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, renomeada para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” pela Lei 12.376/2010.

registro da propriedade do lote com base no compromisso de compra e venda, nas cessões e promessas de cessão, desde acompanhados da prova de quitação.

Assentada, então, a questão relativa à autorização para o registro do compromisso e dispensa da escritura, resta ressaltar, no caso concreto, a impossibilidade do respectivo registro, mas por outro fundamento, referente à ausência da prova de quitação a que alude o § 6.º do art. 26.

De fato, em que pese a menção à prova da quitação na petição de f., apenas foram juntados o contrato (f.), a certidão da matrícula (f.) e o comprovante de recolhimento do ITBI (f.), do que resulta a inviabilidade do registro pela falta de prova do pagamento do preço.

Por isso, o meu voto nega provimento ao recurso, com a observação de que o dispositivo da decisão deve ser retificado para que conste o julgamento da procedência da dúvida.

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao recurso, com observação.

Des. Fernando Antonio Maia da Cunha, relator designado.

(DJE 31.01.2012)

TJSP – *ApCiv 3529-65.2011.8.26.0576* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 22.03.2012 – v.u. – Comarca de São José do Rio Preto – rel. Des. José Renato Nalini – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Complementação do título com documentos, no curso do procedimento de dúvida, após a prenotação – Inadmissibilidade – Modificação da própria essência do título já qualificado em cartório que enseja indevida prorrogação do prazo da prenotação em prejuízo de eventuais detentores de títulos contraditórios.

Veja também Doutrina

- Algumas linhas sobre a prenotação, de Flauzilino Araújo dos Santos – *RDI 43/61*;
- Prenotação. Prioridade, de Márcio Martins Bonilha – *RDI 43/173*; e
- Registro de imóveis (Lei 6.015, de 31.12.1973). A caminhada de um título da recepção ao ato final, de Ulysses da Silva – *RDI 45/42*.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Admissibilidade – Outorga de legitimação de posse que pode ser dada para quem já detém o domínio de fração ideal de assentamento irregular – Interpretação ampliativa da lei para aplicação do princípio da isonomia que se impõe.

Veja também Doutrina

- A regularização fundiária como parte da política urbana, de Betânia Alfonsin – *RDI 55/249*;
- Efetividade e permanência da regularização em assentamentos urbanos precários, de Maria Lucia Refinetti Martins – *RDI 55/263*; e
- O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI 69/9*.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face de r. sentença que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Município de São José do Rio Preto, que pretende registrar o parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária previsto no art. 58 da Lei 11.977/2009, autorizando o registro do projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional. O apelante sustentou, preliminarmente, irrisignação parcial que tornou prejudicada a dúvida. Quanto ao mérito, sustentou que a Lei 11.977/2009 não se aplica ao caso, além da incidência da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), existência de lotes com área superior a

250m², impossibilidade de outorga de legitimação de posse para quem já detém o domínio e violação dos princípios da continuidade e da legalidade. Por fim, sugere que novo pedido de regularização seja feito pelo apelado, fundamentado no Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. No caso, o título foi apresentado ao Registro Imobiliário, tendo sido devolvido com exigências. Vencida a prenotação, o Município suscitou dúvida inversa, sustentando o cumprimento de algumas exigências e o descabimento de outras. Os autos seguiram ao Registro de Imóveis, onde novamente foi qualificado de forma negativa. Antes dos autos seguirem para o Ministério Público, mas já depois da prenotação do título, o interessado juntou novo documento, com o fim de substituir outro, pois o número de lotes foi informado incorretamente.

Ao analisar o caso em tela, o relator da decisão, Des. José Renato Nalini, entendeu, quanto à sustentação preliminar, que o título e os documentos que o formam devem ser apresentados de uma só vez, não se admitindo complementação depois da prenotação. Ademais, o documento apresentado, que não passou pelo crivo do Oficial, violando-se o princípio da instância, modifica a essência do objeto do título prenotado e qualificado, pois altera o número de lotes objeto de regularização, tornando a dúvida prejudicada. Contudo, entendeu o relator que, mesmo prejudicada, nada impede o exame de outras questões de relevante amplitude e interesse social. Em relação à aplicação da Lei 11.977/2009, o relator afirmou, após profundos estudos desta, que o procedimento de regularização fundiária urbana deve ocorrer na serventia de imóveis, desde a averbação do auto de demarcação até a conversão da legitimação da posse em domínio. No presente caso, a regularização fundiária aplicável é a de interesse social, pois recai sobre os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda. Além disso, em relação a outras exigências apontadas, o relator se manifestou em sentido contrário à apresentação de reconhecimento de firma do Secretário Municipal, em requerimento do registro, haja vista que o requerimento não se confunde com o título, que é o que se registra. Tal exigência, portanto, recai sobre o título, conforme art. 221, II, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Também incabível a exigência de carimbo do Programa Cidade Legal, eis que não consta do art. 3.º, § 1.º, do Dec. 52.052/2007. No que diz respeito à quebra da continuidade, entendeu o relator que o Município não precisa ser titular de domínio para efetivar a regularização pretendida, conforme autorização expressa dos arts. 50 da Lei 11.977/2009 e 288-A da Lei 6.015/1973 e que, de acordo com o art. 47, § 1.º, da Lei 11.977/2009, nesta fase do registro do projeto de regularização fundiária não ocorre a transferência de domínio, o que somente se dará com a conversão da legitimação da posse em propriedade. Por fim, sustentou ainda que a Lei 12.424/2011 revogou o inc. III do parágrafo único do art. 59 da Lei 11.977/2009, que dispunha que a legitimação de posse não seria outorgada para lotes com área superior a 250m² e que, a teor do art. 213, § 11, IV, da Lei 6.015/1973 a prévia retificação da descrição do imóvel pode ser dispensável neste caso.

Diante de todo o exposto, concluiu o Desembargador relator que a dúvida dá-se por prejudicada e que o recurso não deve ser conhecido. Ademais, a despeito da prejudicialidade da dúvida, as exigências acima examinadas não poderão constituir óbice ao registro pretendido, em caso de reapresentação do título.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo
ApCiv 3529-65.2011.8.26.0576
Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo
Apelado: Município de São José do Rio Preto
Data de julgamento: 22.03.2012

VOTO 20.706 – Registro de imóveis – Complementação do título após sua prenotação – impossibilidade – Dúvida prejudicada – Lei 11.977/2009 – Nova ordem jurídica no campo da regularização fundiária urbana – Incidência mesmo quando os ocupantes são titulares de domínio de fração ideal – Recurso não conhecido.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que se insurge contra a r. sentença de f., que julgou improcedente a dúvida inversa suscitada pelo Município de São José do Rio Preto, e autorizou o registro do projeto de regularização fundiária do núcleo habitacional “Residencial Jéssica” na Matrícula n. 9.904, do 1.º Oficial de Registro de Imóveis daquela Comarca.

Sustenta o apelante, em preliminar, irresignação parcial que tornou prejudicada a dúvida; no mérito, inaplicabilidade da Lei 11.977/2009, incidência da Lei 6.766/1979, existência de lotes com área superior a 250 m², impossibilidade de outorga de legitimação de posse para quem já detém domínio, e violação dos princípios da continuidade e da legalidade. Por fim, sugere que novo pedido de regularização seja feito pelo apelado com fulcro no Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

A Procuradoria Geral do Município apresentou contrarrazões de apelação às f.

O r. parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pela remessa dos autos à Corregedoria Geral de Justiça e pelo não provimento do recurso (f.).

Manifestaram-se o apelado e a Procuradoria Geral do Município (f.).

É o relatório.

Observe-se, de início, que o feito foi adequadamente processado como dúvida porque o título recusado pelo Oficial de Registro de Imóveis (parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária) é passível de registro em sentido, e não de averbação, conforme dispõe o art. 58, *caput* e § 1.º, da Lei 11.977/2009:

“Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 (que é o projeto de regularização fundiária) e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

§ 1.º Após o registro do parcelamento de que trata o *caput*, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.”

No mesmo sentido, o art. 288-F da Lei de Registros Públicos:

“O parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social deverá ser registrado na matrícula correspondente.”

Correto, por conseguinte, o encaminhamento dos autos ao C. Conselho Superior da Magistratura, na forma dos arts. 64, VI, do Dec.-lei Complementar Estadual 3/1969, e 16, V, do RITJSP.

Verificados o procedimento e a competência recursal, passa-se ao exame da questão posta.

O Município de São José do Rio Preto pretende registrar o parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária previsto no art. 58 da Lei 11.977/2009.

O título foi inicialmente apresentado ao 1.º Oficial de Registro de Imóveis de referida Comarca, mas foi recusado em 20.05.2010 pelas razões expostas na nota de devolução de f.

Cessados os efeitos da prenotação na forma do art. 205 da Lei 6.015/1973, e item 36, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, o Município de São José do Rio Preto, em 24.01.2011, suscitou dúvida inversa, sustentando o cumprimento de algumas exigências e o descabimento de outras.

Os autos foram, então, encaminhados ao 1.º Oficial de Registro de Imóveis, onde o título recebeu, em 22.02.2011, nova prenotação (f.), seguida de nova qualificação negativa (f.).

Antes de os autos seguirem ao Ministério Público, mas já depois da prenotação do título, o interessado no registro, ora apelado Município de São José do Rio Preto, juntou novo documento denominado “Declaração de Conformidade Urbanística e Ambiental n. 085/02/07 – 00001/11” (f.), com o fim de substituir a anterior declaração e f., que acompanhara o título prenotado, porque o número de lotes havia sido informado com equívoco.

Ocorre que o título, depois de prenotado, não pode ser complementado por documentos, sob pena de prejudicar a dúvida, conforme entendimento deste Conselho Superior da Magistratura:

“Evidencia-se, de modo incontroverso, que o original do título registrando deixou de ser apresentado tempestivamente, o que não fica suprido ou convalidado (ao contrário do entendimento exposto pela digna Juíza Corregedora Permanente a f.) com uma posterior juntada no curso do procedimento (aqui verificada a f.). Acerca da hipótese, este Conselho já tem posição firmada, o que se verifica na ApCiv 43.728-0/7: ‘Pacífica a jurisprudência deste C. Conselho Superior da Magistratura no sentido da necessidade de apresentação do título original, como decidido na ApCiv 30.728-0/7 da Comarca de Ribeirão Preto’. Como se nota do mesmo julgado, *incabível é a complementação documental no curso do procedimento de dúvida*: ‘(...) o requisito da exibição imediata do original diz respeito ao direito obtido com a prenotação do título, *direito que não enseja prazo reflexo de saneamento extrajudicial de deficiências da documentação apresentada*’. Prossegue-se: ‘Se fosse admitido cumprir exigência durante o procedimento, estaria aberto caminho para uma injusta prorrogação do prazo da prenotação que, muita vez, viria em prejuízo dos eventuais detentores de títulos contraditórios’. No mesmo sentido, o decidido nas Apelações Cíveis 441-0, 2.177-0, 4.258-0, 4.283-0, 8.235-0, 8.705-0/6, 8.926-0/4, 10.483-0/1, 10.961-0/3, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4, 17.542-0/2, 17.586-0/2, 18.427-0/5, 73.868-0/0 e 74.974-0/0” (ApCiv 0000002-61.2010.8.26.0602, grifou-se).

Portanto, o título – com os documentos que o formam – deve ser apresentado de uma só vez, não se admitindo complementação depois da prenotação, sob pena de ensejar indevida prorrogação do prazo da prenotação em prejuízo de eventuais detentores de títulos contraditórios.

É importante observar que a vedação incide tanto no caso em que a juntada do documento ocorre para apresentar a via original do título prenotado quanto no que se pretende substituir um dos documentos que compõem o título prenotado, hipótese em exame.

Destaque-se, ainda, que o documento apresentado tardiamente pelo apelado modifica a própria essência do objeto do título que fora prenotado e qualificado pelo Oficial de Registro de Imóveis, na medida em que altera de 186 para 172 o número de lotes objeto da regularização.

Não se olvide, ainda, que o documento apresentado a destempo não passou pelo crivo do Oficial de Registro de Imóveis, de modo que também o princípio da instância restaria violado caso se aceitasse a complementação documental.

A dúvida está, por esta razão, prejudicada, e não por irrisignação parcial, porque o interessado, ao suscitar a dúvida, cumpriu todas as exigências que reputava pertinentes, deixando para o debate apenas as controvertidas. Não houve, destarte, concordância parcial. Diversa seria a hipótese se, depois da segunda prenotação, o interessado atendesse ou anuísse com alguma exigência, o que não ocorreu.

Conquanto prejudicada, nada impede – em razão da amplitude e do interesse social que envolvem o caso – o exame das exigências constantes da nota devolutiva a fim de nortear futuras prenotações da mesma ou semelhante natureza.

Ao prenotar e requalificar o título durante o procedimento da dúvida inversa, o Oficial de Registro de Imóveis de São José do Rio Preto reconheceu o atendimento de algumas exigências, mas insistiu na pertinência das demais (f.).

Assim, foram consideradas atendidas pelo Oficial de Registro de Imóveis as seguintes exigências: (a) correção do memorial descritivo; (b) inclusão das medidas de desenvolvimento das esquinas das vias públicas e da área superficial de cada lote; (c) alteração do solo de rural para urbano; (d) desbloqueio da matrícula em que se pretender efetuar o registro do projeto de regularização; e (e) alvará de regularização municipal (f.).

Resta a análise das exigências controvertidas, começando-se pela que afasta a aplicação da Lei 11.977/2009 na regularização ora em exame.

Na nota devolutiva e nas informações prestadas no procedimento da dúvida inversa, sustentou o Oficial de Registro de Imóveis, com base no art. 47, VI, que referida Lei só se aplica aos casos em que a área está ocupada por posseiros, sem alcançar os assentamentos ocupados por titulares de fração ideal do terreno.

Sem razão, porém.

A Lei 11.977/2009, mais conhecida por ter criado o Programa Minha Casa Minha Vida, trouxe nova realidade também para a questão da regularização fundiária

urbana, objetivando remover os obstáculos e as deficiências existentes na legislação e disposições normativas em vigor, que vinham se mostrando insuficientes para cuidar desse problema de amplitude nacional.

Diversos foram os mecanismos introduzidos no ordenamento jurídico para simplificar, conferir maior celeridade e segurança às regularizações fundiárias, que passaram a gerar efeitos desde logo, haja vista que a Lei 11.977/2009 entrou em vigor na data de sua aplicação (art. 83), afastando, para as regularizações fundiárias de que cuida, a incidência das disposições legais e normativas vigentes com eles incompatíveis (art. 2.º, § 1.º, da LINDB).

Estabeleceu-se, destarte, uma nova ordem jurídica no campo da regularização fundiária urbana, tendo o legislador divido-a em duas: (a) de interesse social, hipótese ora em exame; e (b) de interesse específico.

No que diz respeito à regularização fundiária urbana de interesse social, hipótese em exame, para que se possa demonstrar a dimensão da nova sistemática criada, mostra-se oportuno citar algumas de suas principais particularidades, a saber: (a)

Legislação citada

- arts. 26, 46, 47, III, VI, VII, e § 1.º, 48, III e IV, 49, parágrafo único, 50, 51, § 3.º, 52, 54, § 1.º, 55, parágrafo único, 56, parágrafo único, 57, §§ 8.º e 10.º, 58, § 1.º, 59, 60, 71, 71-A e 83 da Lei 11.977/2009; arts. 26, 41, 48, III, 50, parágrafo único, 56, § 5.º, 57, §§ 1.º a 8.º, 58, 60, 65, 167, I e II, 205, 213, § 11, IV, 221, II, 288-A, 288-F e 288-G da Lei 6.015/1973; art. 2.º, § 1.º, da LINDB; art. 16, V, do RITJSP; art. 65, parágrafo único, da Lei 6.766/1979; Lei 12.424/2011; Dec. 52.052/2007 e Lei 10.931/2004.

incidência sobre imóveis particulares e públicos (art. 47, III, VI, VII); (b) eficácia da Lei independentemente de prévia regulamentação pelo Município (art. 49, parágrafo único); (c) ampliação do rol dos legitimados a promovê-la (art. 50); (d) incidência em áreas de preservação permanente (art. 54, § 1.º); (e) conversão da legitimação de posse em propriedade pelo Oficial de Registro de Imóveis sem a intervenção do Poder Judiciário (art. 60); (f) possibilidade de o Município reduzir o percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima dos lotes definidos na legislação de parcelamento do solo urbano para os assentamentos consolidados antes da Lei 11.977/2009 (art. 52); (g) realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo Poder Público, bem como sua manutenção, antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis (art. 55, parágrafo único); (h) cindibilidade da regula-

rização (arts. 51, § 3.º e 57, §§ 8.º e 10.º); (i) auto de demarcação urbanística (art. 47, III e 56); (j) legitimação de posse que confere direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia e que depois será convertida em propriedade (arts. 59 e 60); (l) isenção de custas e emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de legitimação e de sua conversão em título de propriedade, bem como dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social; (m) possibilidade de regularização de glebas parceladas para

fins urbanos antes da Lei 6.766/1979; (n) tramitação do procedimento no registro de imóveis (arts. 48, III; 50, parágrafo único; 57 e parágrafos; 58; 60 e 65); (o) conversão da legitimação da posse em domínio pelo Oficial de Registro de Imóveis (art. 60); (p) prescindibilidade do atendimento dos requisitos da Lei 6.766/1979 para o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social (art. 65, parágrafo único); (q) regularização das glebas parceladas para fins urbanos anteriormente 19.12.1979 (art. 71); (r) possibilidade de extinção, pelo Poder Público, dos contratos de concessão de uso especial para fins de moradia e de concessão de direito real de uso firmados anteriormente à intervenção na área, para viabilizar obras de urbanização em assentamentos irregulares de baixa renda e em benefício da população moradora (art. 71-A); (s) o registro da legitimação de posse (art. 167, I, 41, da LRP); (t) a averbação do auto de demarcação urbanística (art. 167, II, 26, da LRP); e (u) possibilidade de alcançar a parte ou o todo de um ou mais imóveis, ainda que de proprietários distintos (art. 56, § 5.º e 288-G, da LRP).

Como se vê, as alterações da Lei 11.977/2009 são estruturais e de grande potencial de êxito, o qual só será atingido se os operadores do direito empregarem-nas com desprendimento dos conceitos antigos e com a real vontade de regularizar os milhares de assentamentos irregulares em todo o país.

Colhe-se dos mecanismos citados que o legislador manteve na Lei 11.977/2009 a tendência de se deslocar para as Serventias Extrajudiciais o que antes tinha de passar necessariamente pelo crivo do Judiciário.

Foi assim com a Lei 10.931/2004, que introduziu a retificação de área direta nos Registros de Imóveis, e com a Lei 11.441/2007, que permitiu a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

É por isso que a Lei 11.977/2009 estabeleceu como um de seus princípios o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos (art. 48, IV) e definiu que o procedimento de regularização fundiária urbana deve ocorrer na Serventia de Imóveis desde a averbação do auto de demarcação até a conversão da legitimação da posse em domínio, restando ao Judiciário o exame de pontuais divergências durante seu trâmite.

A regularização fundiária, de acordo com o art. 46 da Lei 11.977/2009, consiste:

“No conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Dos dois tipos de regularização fundiária disciplinados pela Lei, interessa, para o caso em exame, a de interesse social, que é a que recai sobre os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda (art. 47, VII).

Pressupõe-se a existência de um assentamento irregular, que é a ocupação inserida em parcelamento informal ou irregular, localizada em área urbana pública ou particular, utilizada predominantemente para fins de moradia (art. 47, VI).

Frise-se que a Lei fala, nos dispositivos citados, em “ocupação” e não em “posse”. E a razão é simples: visa-se tutelar e regularizar o lugar em que a pessoa habita, mora, reside, e não apenas aquele do qual tem posse, pois nem sempre se reside neste.

Ainda sobre a ocupação, note-se que não se trata de prerrogativa exclusiva do possuidor, pois também o titular de domínio de fração ideal não localizada pode, mormente nos casos de assentamentos irregulares, *ocupar* local determinado onde fixou sua moradia.

O problema é que o titular de fração ideal, conquanto possa exercer seu direito sobre o todo e cada uma das partes do imóvel, não pode exercê-lo com exclusividade sobre a parte individualizada em que reside, pois seu título não lhe confere esse direito.

Necessita, por essa razão, da adequada titulação que lhe assegure o direito, mormente contra terceiros, de habitar o espaço ocupado, para que ali possa viver sem o receio de ser retirado sem justa causa.

Portanto, sua situação jurídica, ao menos neste particular, é idêntica à do ocupante possuidor, haja vista que ambos são desprovidos de título hábil que lhes assegure permanecer no local em que habitam. Logo, não há como sustentar, sem violar a isonomia, a inaplicabilidade da Lei 11.977/2009 para o titular de domínio de fração ideal de assentamento irregular.

A prevalecer a tese restritiva sustentada pelo Oficial de Registro de Imóveis, enquanto, de um lado, os posseiros teriam seus lotes regularizados pelos instrumentos jurídicos introduzidos pela Lei 11.977/2009, de outro, estar-se-ia condenando os titulares de fração ideal, um a um, a trilhar a longa e onerosa via da usucapião.

Mas, ainda que o domínio viesse a ser declarado na via da usucapião, as demais questões relativas à habitação, ao acesso aos bens e serviços públicos e ao meio ambiente equilibrado – itens integrantes não só do direito à moradia, mas da própria dignidade da pessoa humana – não seriam enfrentados e solucionados em razão dos conhecidos limites das ações individuais.

Demais disso, por se tratar de forma originária de aquisição da propriedade, a usucapião não respeitaria qualquer planejamento fundiário, de modo que perpetuaria a desordem habitacional, social e ambiental no local do assentamento, na contramão do que preconiza o comando Constitucional da função social da propriedade.

É por isso que a questão da regularização fundiária deve ser enfrentada e solucionada de modo global e planejado como previu a Lei 11.977/2009, e não por meio de doses homeopáticas comprovadamente insuficientes como a usucapião.

Atento a tais circunstâncias é que o legislador, por meio da Lei 12.424/2011, alterou o art. 59 da Lei 11.977/2009, e deixou expresso, no § 2.º, que a legitimação

de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais:

“A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo Poder Público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.”

Como se vê, a nova redação do art. 59 espancou qualquer dúvida eventualmente existente quanto à incidência da Lei 11.977/2009 nos casos de assentamento irregular ocupados por titulares de domínio de frações ideais.

Observe-se, ainda, que o art. 52 da Lei 11.977/2009, ressalvou sua incidência nas regularizações de assentamentos anteriores à sua publicação, e que o parágrafo único, do art. 65, dispensou o atendimento dos requisitos constantes da Lei 6.766/1979 quando a regularização fundiária for de interesse social.

No que diz respeito à participação dos interessados na forma do art. 48, III, da Lei 11.977/2009, observe-se que aludida participação foi inserida como princípio geral da regularização fundiária, e não como regra de uma ou outra fase da regularização, de modo que deve ser entendida como a faculdade que os interessados têm de, querendo, acompanhar, intervir e formular requerimentos em qualquer de suas fases.

Não se trata, por conseguinte, de participação obrigatória em cada uma das diversas fases da regularização, o que terminaria por inviabilizá-la, tendo em vista a dificuldade, para não dizer impossibilidade, de se intimar cada uma das centenas (ou milhares) de pessoas ocupantes do assentamento irregular em regularização, lembrando-se que nem sempre os moradores constituem uma associação que os represente, e que nem sempre todos os moradores fazem parte dessa associação. Isso sem falar nos custos que ocupantes teriam de suportar com eventual aconselhamento jurídico para cada etapa, haja vista que não se trata de matéria de alcance do leigo.

Portanto, para que o princípio em questão alcance a sua maior efetividade, a interpretação que se deve dar ao art. 48, III, é que se trata de uma faculdade que a lei conferiu aos interessados de participarem da regularização em curso apenas quando reputarem conveniente a intervenção.

Isso porque a Lei, ao discriminar no art. 50 os legitimados para promover a regularização fundiária urbana, partiu da premissa de que agirão sempre em favor dos interessados, sendo redundante, a cada fase, exigir a ratificação destes para os atos daqueles. Assim, a ausência de manifestação dos interessados deve ser entendida como não oposição.

No caso em exame, busca-se a regularização fundiária do núcleo habitacional denominado “Residencial Jéssica”, que conta com quase 200 lotes. De acordo com a certidão da matrícula (f.), foram alienadas e registradas (até a época em que se determinou o bloqueio da matrícula) 47 frações ideais não localizadas do terreno,

a maioria com 200m², tendo as demais sido negociadas por meio de contratos particulares sem maiores formalidades.

O valor das vendas, a localização do terreno-mãe, e as próprias circunstâncias dos autos revelam que os adquirentes são pessoas de baixa renda, que imaginaram estar comprando lotes individualizados e localizados onde constituiriam suas moradias.

Essa situação, embora de aparente condomínio (indesejado, frise-se), gerou, em verdade, assentamento irregular ocupado por pessoas de baixa renda nos moldes preconizados pela Lei 11.977/2009.

Lícita, portanto, a pretensão da municipalidade de São José do Rio Preto de regularizá-lo com base nas normas da novel legislação que cuidam da regularização fundiária de interesse social.

E, no que diz respeito à classificação do tipo de regularização fundiária, note-se que cabe à municipalidade, sob sua responsabilidade, definir se a regularização é de interesse social ou de interesse específico, presumindo-se que observou todos os requisitos legais ao fazer o enquadramento. Esse o espírito que se extrai do Processo CG 11.287/2007:

“No mais, diante do auto de regularização trazido pelo Município, sob inteira responsabilidade deste, com menção à inclusão no Programa Cidade Legal, ter-se-á como presumida a observância de todas as orientações dadas pelo Comitê Estadual de Regularização. Nunca é demais lembrar, a propósito, que, em tema de registro de parcelamento do solo urbano, a orientação firmada por esta Corregedoria Geral da Justiça é a da realização de controle de legalidade meramente formal, com base nas aprovações dos órgãos competentes (Processo CG 933/2006 e Processo CG n. 5.064/2008). Dessa forma, se a legislação estadual em vigor redefiniu a competência dos órgãos estaduais para a aprovação da regularização dos parcelamentos do solo e demais conjuntos habitacionais urbanos, fazendo com que esta se concentre nos Municípios aderentes ao Programa Cidade Legal, sob orientação do Comitê Estadual de Regularização, tal posicionamento normativo estadual deve ser observado no registro dos empreendimentos regularizados, sem possibilidade de questionamento, na esfera administrativa, da legalidade material das normas recém editadas, seja à luz da legislação federal que trata da mesma matéria, seja, até mesmo, à luz da própria legislação estadual que referidas normas pretendem regulamentar.”

A exigência de que o requerimento de registro do título traga o reconhecimento de firma do Secretário Municipal de São José do Rio Preto também não procede, haja vista que o título não se confunde com o requerimento que o transporta, e que, como bem lembrou a Douta Procuradoria Geral de Justiça, o que se registra é o título e não o requerimento de registro dirigido ao Oficial de Registro de Imóveis. Assim, fica claro que a exigência contida no art. 221, II, da Lei 6.015/1973, recai apenas sobre o título.

Também a exigência de aposição do carimbo do Programa Cidade Legal não consta do art. 3.º, § 1.º, do Dec. 52.052/2007, indicado pelo Oficial de Registro de Imóveis:

“À Secretaria Executiva do Programa Cidade Legal incumbe receber e protocolar os projetos e documentos apresentados pelos interessados, gerenciando sua tramitação até os trabalhos finais da regularização, orientação e apoio técnico nas ações municipais de regularização de parcelamentos do solo e de núcleos habitacionais.”

No que diz respeito à quebra da continuidade, note-se que o Município não precisa ser titular de domínio para efetivar a regularização fundiária de interesse social, conforme expressa autorização dos arts. 50 da Lei 11.977/2009 e 288-A da Lei 6.015/1973:

“Art. 50. A regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e também por:

(...)

Parágrafo único. Os legitimados previstos no *caput* poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive os atos de registro”; e

“Art. 288-A. O registro da regularização fundiária urbana de que trata a Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, deverá ser requerido diretamente ao Oficial do registro de imóveis e será efetivado independentemente de manifestação judicial, importando:

I – na abertura de matrícula para a área objeto de regularização, se não houver;

II – no registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária; e

III – na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária.

§ 1.º O registro da regularização fundiária poderá ser requerido pelos legitimados previstos no art. 50 da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, independentemente de serem proprietários ou detentores de direitos reais da gleba objeto de regularização.”

Ressalve-se, ainda sobre a continuidade registral que, de acordo com o art. 47, § 1.º, da Lei 11.977/2009, nesta fase do registro do projeto de regularização fundiária não ocorre a transferência de domínio, o que somente se dará com a conversão da legitimação da posse em propriedade:

“A demarcação urbanística e a legitimação de posse de que tratam os incisos III e IV deste artigo não implicam a alteração de domínio dos bens imóveis sobre os

Jurisprudência citada

- TJSP: ApCiv 43.728-0/7, ApCiv 30.728-0/7, ApCiv 441-0, ApCiv 2.177-0, ApCiv 4.258-0, ApCiv 4.283-0, ApCiv 8.235-0, ApCiv 8.705-0/6, ApCiv 8.926-0/4, ApCiv 10.483-0/1, ApCiv 10.961-0/3, ApCiv 12.439-0/6, ApCiv 13.820-0/2, ApCiv 16.680-0/4, ApCiv 17.542-0/2, ApCiv 17.586-0/2, ApCiv 18.427-0/5, ApCiv 73.868-0/0, ApCiv, 74.974-0/0 e ApCiv 0000002 61.2010.8.26.0602.

quais incidirem, o que somente se processará com a conversão da legitimação de posse em propriedade, nos termos do art. 60 desta Lei.”

Bem por isso ressaltou a municipalidade que o registro ora perseguido, se efetivado, não alterará a titularidade no registro de imóveis, ou seja, os titulares de domínio continuarão a ser os mesmos. Assim, não há que se falar em quebra da continuidade.

No que diz respeito ao tamanho da área dos lotes, note-se que a Lei 12.424/2011 revogou o inc. III do parágrafo único do art. 59 da Lei 11.977/2009, que dispunha que a legitimação de posse não seria outorgada para lotes com área superior a 250 m².

Por fim, observe-se que o art. 213, § 11, IV, da Lei 6.015/1973, dispensa a prévia retificação da descrição do imóvel na matrícula para o registro do projeto de regularização fundiária de interesse social:

“§ 11. Independe de retificação:

(...)

IV – a averbação do auto de demarcação urbanística e o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social de que trata a Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.”

Assim, a despeito da prejudicialidade da dúvida, as exigências ora examinadas não mais poderão constituir óbice ao registro pretendido em caso de reapresentação do título.

Isto posto, dá-se por prejudicada a dúvida e não se conhece do presente recurso.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

Sentenças



1.^a VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO

1^a Vara de Registros Públicos de São Paulo – *Processo 0006062-33.2012.8.26.0100* – Sentença – j. 23.04.2012 – Comarca de São Paulo – rel. Dr. Carlos Henrique André Lisboa – *DJe* 21.05.2012.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa para averbação – Irregularidade na escritura de compra e venda.

RESENHA

Trata-se de dúvida julgada procedente, suscitada pelo Oficial Registrador do 14.º Registro de Imóveis de São Paulo, que recusou o registro de escritura pública de venda e compra, lavrada em 2011. O Oficial, ao analisar a documentação apresentada para averbação do divórcio e a realização do segundo casamento do suscitado, constatou que este casou-se pela segunda vez, quando ainda não era divorciado.

Ao julgar o caso, o MM. Juiz de Direito Carlos Henrique André Lisboa observou que, de acordo com o registro constante na matrícula imobiliária, o suscitado recebeu a propriedade do imóvel em questão por ocasião de sua separação consensual de sua primeira esposa. Uma vez que o título apresentado qualificou o suscitado como casado com sua atual esposa, o Registrador exigiu do suscitado, acertadamente, a apresentação da certidão de seu casamento com a primeira esposa, onde deveria constar a averbação da conversão da separação em divórcio, bem como certidão de casamento com a atual esposa. Apresentados tais documentos, o relator constatou que o segundo casamento do suscitado é nulo, conforme art. 1.521, VI, do CC/2002, já que realizado enquanto o suscitado ostentava o estado civil de separado judicialmente. Como se sabe, até o divórcio, ocorrido em 2011, o vínculo matrimonial entre o suscitado e sua primeira esposa não fora rompido, de acordo com o que dispõe o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 6.515/1977.

Diante do exposto, concluiu o MM. Juiz de Direito que a exigência feita pelo Registrador Imobiliário mostrou-se correta, pois a sequência lógica dos atos registrados na matrícula impede que seja averbado o divórcio do suscitado em data posterior ao segundo casamento. Deve o suscitado, portanto, pedir a decretação de nulidade de seu segundo matrimônio previamente ao registro da escritura de venda e compra. Decretada a nulidade, caso o suscitado ainda pretenda transferir o imóvel, deverá lavrar nova escritura pública, onde conste o estado civil de divorciado.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo
Processo: 0006062-33.2012.8.26.0100 – Dúvida
Requerente: 14.º Registro de Imóveis
Requerido: Vitório Antonio Lorenti

Vistos.

Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 14.º Registro de Imóveis de São Paulo, que recusou o registro de escritura pública de venda e compra lavrada em janeiro de 2011, por meio da qual o suscitado vendeu a O. C. J., casado com B. C. C. o imóvel objeto da matrícula 59.001. Sustentou o Oficial que, ao se deparar com os documentos necessários para averbar no registro do imóvel o divórcio do suscitado e a realização de seu segundo casamento, notou que ele se casou pela segunda vez quando ainda não era divorciado.

O suscitado V. A. L. impugnou a dúvida (f.).

A representante do Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f.).

É o relatório.

Decido.

Como observou a Promotora de Justiça, a dúvida é procedente.

De acordo com o R.10 da matrícula 59.001 do 14.º RI, o suscitado, que foi casado com M., recebeu a propriedade do imóvel lá descrito por ocasião de sua separação consensual (f.).

Como no título apresentado o suscitado foi qualificado como casado com L. (f.), o Oficial, de maneira correta, exigiu a apresentação de certidão de seu primeiro casamento com M., na qual constasse a averbação da conversão da separação em divórcio, bem como certidão de seu casamento com L.

Os documentos foram apresentados pelo suscitado e ficou patente que seu segundo casamento é nulo (art. 1.521, VI, do Código Civil), pois realizado enquanto o autor ostentava o estado civil de separado judicialmente (f.).

Como se sabe, até o divórcio, que ocorreu em 2011 (f.), ainda não estava rompido o vínculo matrimonial (art. 2.º, § 2.º, da Lei 6.515/1977).

Assim, correta a conclusão do Oficial, pois a sequência lógica esperada dos atos registrados em uma matrícula impede que a averbação do divórcio do suscitado faça referência à data posterior em relação à data de seu segundo casamento.

Assim, antes de ser registrada a escritura de venda e compra, deve o suscitado, na forma do art. 1.549 do Código Civil, pedir a decretação da nulidade de seu segundo casamento para, desse modo, regularizar seu estado civil. Decretada a nulidade do casamento, o suscitado, caso ainda pretenda transferir a propriedade do imóvel matriculado sob n. 59.001 do 14.º RI, deverá lavrar nova escritura de compra e venda, desta feita constando como divorciado no título.

Anoto que o transtorno enfrentado para a transferência do domínio do imóvel deve-se exclusivamente ao comportamento negligente do suscitado, cuja formação

superior (f.) torna inadmissível que tenha se casado pela segunda vez sem estar divorciado.

Ante o exposto, *julgo procedente* a dúvida suscitada pelo Oficial do 14.º Registro de Imóveis da Capital a requerimento de Vittorio Antônio Lorenti.

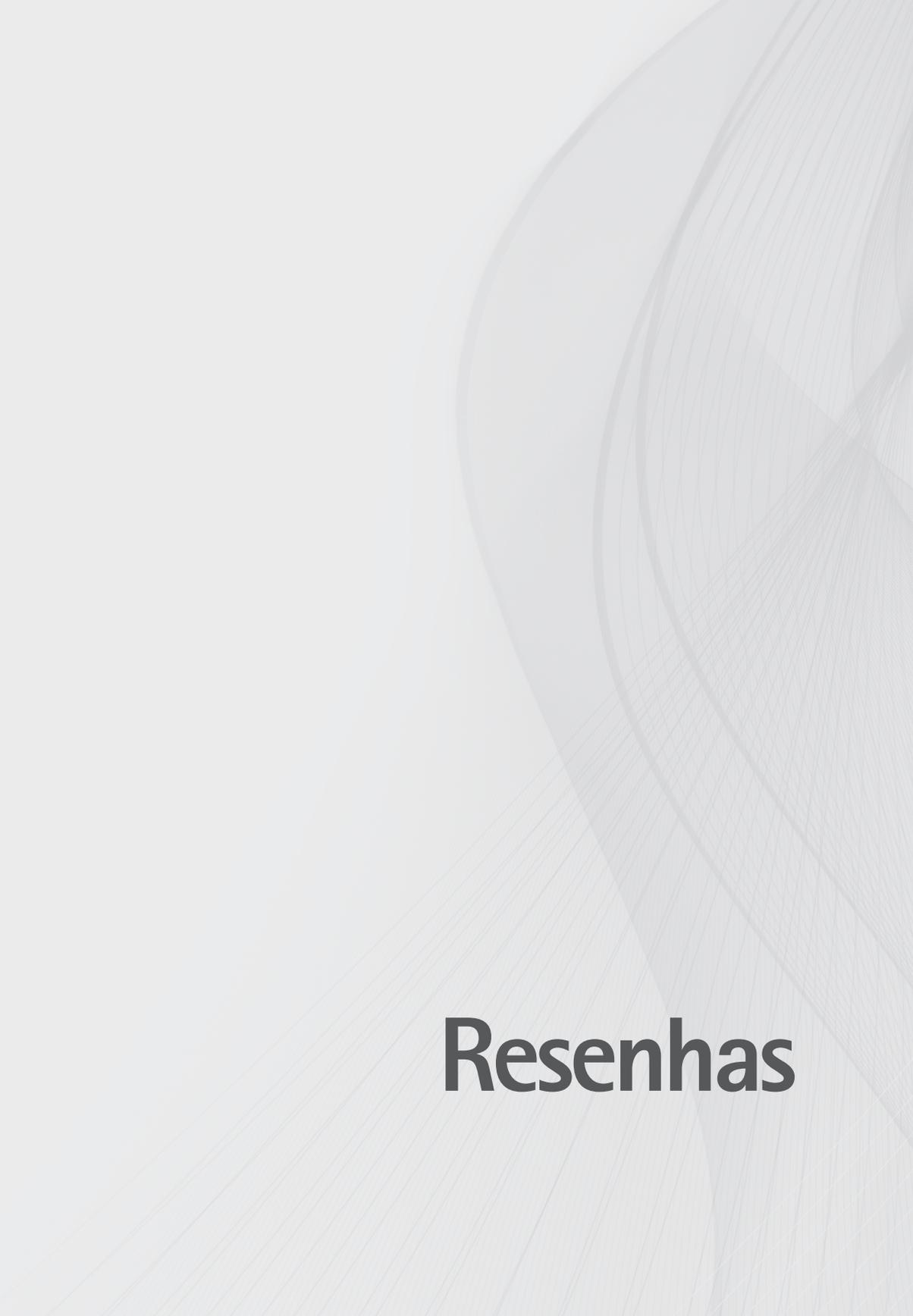
Para as providências cabíveis, expeça-se ofício com cópia integral desses autos à Corregedoria Permanente do Cartório de Registro Civil de Solânea-PB.

Oportunamente cumpra-se o art. 203, I, da Lei 6.015/1973, e arquivem-se os autos.

P.R.I.

São Paulo, 23 de abril de 2012 – CARLOS HENRIQUE ANDRÉ LISBOA, Juiz de Direito.

(DJE 21.05.2012).

The background features a light gray, abstract design on the right side, consisting of several overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The rest of the background is a plain, light gray color.

Resenhas



CONDOMÍNIO E INCORPORAÇÕES NO REGISTRO DE IMÓVEIS. TEORIA E PRÁTICA, DE FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS

1

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Especialista em Direito Registral pela Universidade de Córdoba (Espanha) e pela PUC-MG. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP. Registrador Imobiliário em Araçatuba/SP.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Flauzilino Araújo dos Santos. *Condomínio e incorporações no registro de imóveis. Teoria e prática.* São Paulo: Et Cetera/Mirante, 2012.

O direito registral brasileiro aguardava com ansiedade há alguns anos já o término e publicação da presente obra que analisa o condomínio e incorporações imobiliárias com a ótica registral. O autor Flauzilino Araújo dos Santos não precisa ser apresentado, titular do Cartório do 1.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, é conhecido não somente no universo acadêmico onde é autor de inúmeros e respeitáveis trabalhos, mas também pela intensa atuação em entidades representativas de registradores.

A obra analisa com profundidade o condomínio e a incorporação imobiliária previstos na Lei 4.591/1964 e Código Civil, mas não se restringe apenas à análise da legislação, o livro aborda e traz farta jurisprudência administrativa. Por seu conteúdo e forma de abordagem, se mostra assaz adequada a estudantes da graduação à pós-graduação, sendo de grande relevância para candidatos a concursos públicos de outorga de delegação de registro e de notas.

A escritura é agradável e de fácil leitura com inserção de bibliografia específica, facilitando maiores aprofundamentos pelo leitor. O autor consegue de forma natural e simples o aprofundamento e o desenvolvimento histórico de cada instituto analisado, materializando na prática – com a autoridade de um registrador imobiliário – aspectos fundamentais da legislação de incorporações e condomínios.

Assim como o parcelamento do solo já foi (e em algumas localidades ainda é) o instituto mais utilizado na organização territorial, atualmente não há algo mais importante para o direito imobiliário do que o condomínio especial e a incorporação imobiliária.

O momento não poderia ser melhor para o lançamento da obra, o Brasil começa a desenvolver seu mercado imobiliário que por anos não atendia nem parcela da demanda habitacional e a escassez de espaços nos grandes centros automaticamente obrigam a utilização do crescimento vertical das cidades.

O Registro de Imóveis como guardião do direito de propriedade é ator fundamental na organização e controle do crescimento das cidades. A proximidade e atuação do registrador imobiliário nos procedimentos de condomínio e incorporação é essencial para que exista uma pacificação de questões jurídicas relevantes na criação da matriz imobiliária que receberá inúmeras unidades autônomas como apartamentos, salas, vagas de garagem etc.

Faltava uma obra que analisasse o condomínio do ponto de vista registral já que é na qualificação ou análise do projeto onde o projeto do condomínio ou incorporação recebe a aptidão para nascer no mundo jurídico, criando-se a chamada justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, subdividindo o imóvel em *partes exclusivas* constituída das unidades autônomas e de *partes comuns*, onde cada condômino possui uma quota ideal comum com os demais não suscetível de alienação ou utilização exclusiva por qualquer condômino.

A obra é dividida didaticamente em duas partes, a primeira estuda o *condomínio edilício* e analisa os antecedentes históricos no direito brasileiro, aspectos socioeconômico, a classificação, a natureza jurídica, a análise das diferentes partes (comuns e exclusivas), detendo o autor especial atenção à convenção condominial já que tem o poder de criar normas de caráter obrigatório dentro do regime condominial. A obra não deixa de entrar em questões atuais e polêmicas do regime do condomínio especial como a multipropriedade imobiliária ou *time sharing*, *shopping centers*, cemitérios privados e os chamados loteamentos “fechados”.

A segunda parte é destinada ao estudo da *incorporação imobiliária*, que é nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira – autor do anteprojeto da Lei 4.591/1964 – “o contrato por via do qual uma pessoa física ou jurídica se obriga a promover a construção de edificações ou conjunto de edificação compostas de unidade autônomas para alienação total ou parcial”.¹ O autor analisa de

1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 187.

forma detalhada todos os aspectos do contrato de incorporação imobiliária e estuda com perfeição as várias etapas da qualificação no Registro de Imóveis, servindo de guia doutrinário e prático para registradores imobiliários e demais profissionais envolvidos no procedimento.

Por tudo isso a obra torna-se indispensável para todo o espectro de interessados no sistema registral brasileiro. Estudantes, professores, advogados, registradores imobiliários, atingindo um equilíbrio interessante entre didatismo, profundidade e amplitude temática, avançando em temas modernos sem deixar de lado aspectos históricos e essenciais do condomínio e incorporação imobiliária.

The background features a light gray, abstract design consisting of several overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, intersecting lines that create a grid-like texture. The overall aesthetic is clean and modern.

Índice Alfabético- Remissivo



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Agravo regimental – Interposição contra decisão que indeferiu medida cautelar para evitar desocupação de imóvel locado que foi alienado – Inadmissibilidade – Adjudicação do imóvel e anulação da compra e venda para exercício do direito de preferência que se torna inviável sem a averbação do contrato de locação – Obtenção de tutela de urgência antes do juízo de admissibilidade do recurso especial que, ademais, não é cabível na Corte Superior – Inteligência do art. 33 da Lei 8.245/1991 e das Súmulas 634 e 635 do STF (STJ) – p. 457

Arbitragem – Vide: Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis.

Atividade registral – Vide: Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração.

Autonomia privada – Vide: *Built to suit*.

B

Built to suit – Luiz Augusto Haddad Figueiredo – p. 161

C

Código de Defesa do Consumidor – Vide: O CDC e a responsabilidade do construtor

e da municipalidade, frente à associação de moradores.

Competência territorial – Vide: Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registais (A).

Condomínio e incorporações no registro de imóveis. Teoria e prática – Livro de Flauzilino Araújo dos Santos – Resenha por Marcelo Augusto Santana de Melo – p. 513

Contrato – Vide: *Built to suit*.

Contrato atípico – Vide: *Built to suit*.

D

Dação em pagamento – Vide: Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário.

Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registais (A) – *Mônica Jardim* – p. 287

Desastres naturais e o registro imobiliário (Os) – *Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza* – p. 333

Desenvolvimento econômico – Vide: Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo (A); Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: suas relações com a fé pública notarial e registral.

Direito de propriedade – Vide: Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade (A).

Direito notarial – Vide: Fé pública notarial e registrária (Da).

E

Execução – Vide: Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário; e Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração.

Extinção contratual – Vide: *Built to suit*.

F

Fé pública notarial e registrária (Da) – *Milson Fernandes Paulin* – p. 189

Fé pública registral – Vide: Publicidade no sistema registral imobiliário (A); e Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: suas relações com a fé pública notarial e registral.

Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário – *Rafael Villar Gagliardi e Guilherme Fontes Bechara* – p. 349

Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração – *Tiago Scherer* – p. 379

Função socioambiental da propriedade – Vide: Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade (A).

G

Garantia real – Vide: Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo (A).

H

Hipoteca – Vide: Fraude à execução e dação em pagamento do bem gravado com hipoteca ao credor hipotecário.

I

Incorporação imobiliária – Vide: O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores.

Indenização – Vide: O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores; e Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade (A).

J

Jurisdição – Vide: Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração.

Juros – Vide: Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo (A).

L

Locação – Vide: *Built to suit*.

M

Meio ambiente – Vide: Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade (A).

O

O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores – *Antonio Carlos Morato e Paulo Roberto Inocêncio* – p. 423

Obrigatoriedade dos contratos – Vide: *Built to suit*.

Ocupação do solo – Vide: Desastres naturais e o registro imobiliário (Os).

P

Parcelamento do solo urbano – Projeto particular que contempla desmembramento do imóvel com instituição de servidão – Admissibilidade – Via de acesso público para outros Municípios que não pode ser exigida quando a área é muito estreita para fins de loteamento – Aproveitamento racional da propriedade urbana que se coaduna com a função social da propriedade e resguarda o direito social à moradia – Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que se impõe (TJSC) – p. 473

Poder Judiciário – Vide: Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração.

Princípio da legalidade – Vide: Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registais (A).

Proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade (A) – *André Luiz dos Santos Nakamura* – p. 313

Publicidade no sistema registral imobiliário (A) – *Marcelo Krug Fachin Torres* – p. 201

Publicidade registral – Vide: Desastres naturais e o registro imobiliário (Os).

Q

Qualificação registral – Vide: Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registais (A).

R

Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis – *Adriana Gugliano Herani Deyama* – p. 127

Registro de imóveis – Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Complementação do título com documentos, no curso do procedimento de dúvida, após a prenotação – Inadmissibilidade – Modificação da própria essência do título já qualificado em cartório que enseja indevida prorrogação do prazo da prenotação em prejuízo de eventuais detentores de títulos contraditórios (TJSP/CSMSP) – p. 493

– Projeto de regularização fundiária de núcleo habitacional – Admissibilidade – Outorga de legitimação de posse que pode ser dada para quem já detém o domínio de fração ideal de assentamento irregular – Interpretação ampliada da lei para aplicação do princípio da isonomia que se impõe (TJSP/CSMSP) – p. 493

– Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda dos autos de arrolamento de bens – Alegação de inexistência de prova da morte dos herdeiros do *de cujus* que viola a continuidade do registro – Inadmissibilidade – Princípio que se atém ao exame da pessoa que transfere o direito e não o de quem o recebe – Qualificação registrária que, ademais, ingressa no mérito do título judicial, o que não se permite na via administrativa – Registro do título que se impõe, em razão da inexistência de vício formal (TJSP/CSMSP) – p. 480

– Recusa do Oficial em registrar compromisso de compra e venda de imóvel em loteamento urbano – Admissibilidade – Ausência de prova da quitação que inviabiliza o registro – Interpretação da lei restrita aos registros de loteamento populares que, entretanto, não se coaduna

com o fim social da propriedade e o bem comum – Inteligência do art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1979 (TJSP/CSMSP) – p. 486

– Recusa para averbação – Irregularidade na escritura de compra e venda (1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo) – p. 507

– Vide também: Desastres naturais e o registro imobiliário (Os); Fé pública notarial e registrária (Da); Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração; Publicidade no sistema registral imobiliário (A); Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis; Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo (A).

Registros públicos – Vide: Fé pública notarial e registrária (Da).

Regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo (A) – *Bruno Becker* – p. 17

Relação de consumo – Vide: O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores.

Renovação contratual – Vide: *Built to suit*.

Responsabilidade civil – Vide: O CDC e a responsabilidade do construtor e da municipalidade, frente à associação de moradores.

Revisão contratual – Vide: *Built to suit*.

S

Segurança jurídica – Vide: Fé pública notarial e registrária (Da).

Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: suas relações com a fé pública notarial e registral – *Natasha da Motta Ribeiro Carraro Bernal* – p. 265

Sentença arbitral – Vide: Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis.

Sistema registral imobiliário – Vide: Publicidade no sistema registral imobiliário (A).

Sistema registral português – Vide: Delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – Reflexos nos efeitos registrais (A).

Sucessão – Vocação hereditária – Prevalência de pacto antenupcial que exclui o cônjuge sobrevivente de qualquer partilha de bens do falecido – Inadmissibilidade – Convenção entre o casal que é nula por ser contrária à lei – Cônjuge supérstite que, ademais, concorre com o ascendente do *de cuius*, independente do regime de bens, em razão da herança diferir da meação – Inteligência dos arts. 1.655 e 1.829 do CC/2002 (STJ) – p. 464

U

Uso do solo – Vide: Desastres naturais e o registro imobiliário (Os).

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 oucessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *currículo* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
 12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
 13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
 14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.