

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI n.º 2.109, DE 1999, QUE “DISPÕE SOBRE A CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS DE QUE TRATA A LEI n.º 4.591, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1964.

PROJETO DE LEI N.º 2.109, DE 1999

Dispõe sobre a constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias de que trata a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Autor: Dep. Airton Xerez

Relator: Dep. Ricardo Isar

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO VICENTE ARRUDA

Entendeu o ilustre Relator que a emenda n.º 57 de autoria do Deputado Inaldo Leitão não deveria ser aprovada sob o fundamento de que o Código Civil já trata adequadamente da matéria. Mas, em seu substitutivo, dá à matéria o tratamento inteiramente contrário ao estabelecido no Código civil, em seus art. 1361 a

1368. Na verdade, o substitutivo revoga os dispositivos citados desse diploma legal e represtina o Decreto-lei 911 de 1º de outubro de 1969 em sua inteireza, nele introduzindo um dispositivo que contraria frontalmente a constituição e que desnatura o conceito de alienação fiduciária, precisamente o inciso IV do art. Do §1º do art. 66 B do Substitutivo, segundo o qual a alienação fiduciária , no caso de veículos automotores, se prova por instrumento público ou particular e sua eficácia perante terceiros pela anotação na repetição de trânsito competente.

É de ver que o dispositivo em questão, ao condicionar a eficácia da alienação fiduciária de veículos automotores à simples anotação no DETRAN, confere a um órgão publico do Poder Executivo a competência atribuição de registro público, contrariando o que dispõe o art. 236 da Constituição, "in verbis":

"Art. 236 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1º 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.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º 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."

Pelo dispositivo constitucional acima transcrito, verifica-se que o serviço notarial e de registro é serviço público que só pode ser exercido em caráter privado e por pessoa física,(§ 1º e 2º), ao contrário dos demais serviços públicos, previstos na Constituição(arts. 175, 21,XI e XII, 25 § 2º, e 30, V) que podem ser exercidos diretamente pela administração pública ou por delegação a entidades privadas, físicas ou jurídicas. Também prevê a Constituição, na prestação dos serviços de saúde, da previdência e da educação, a execução pelo Estado e por particulares (arts. 199, 202 e 209).

Verifica-se, assim, que a Constituição, deliberadamente, impediu que o serviço público notarial e de registro fosse efetuado pelo Estado, que terá de delegá-lo, obrigatoriamente, à pessoa física do notário e do oficial do registro.

Esta conclusão é reforçada pelo que dispõe o art. 32 do ADCT, "in

verbis":

"Art. 32 - O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tinham sido oficializados pelo poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores."

Assim, quis a Constituição preservar o direito dos servidores dos serviços notariais e de registros que haviam sido oficializados pelo regime constitucional anterior, esclarecendo que a eles não se aplicaria o disposto no art.236.

Aliás, a opção constitucional de impor um regime privado à prestação dos serviços notariais e de registros é sublinhada na doutrina e na jurisprudência.

Neste sentido, afirmam Celso Antônio Bandeira de Mello e Ovidídio A. Baptista da Silva respectivamente:

"O art. 236 da CF e seu § I.^º dispõem: (...)"

Destes preceptivos, à toda evidência, resulta:

(c) que o título jurídico que investe os exercentes da atividade notarial e de registro é uma delegação efetuada pelo Poder Público;

(b) que as sobreditas atividades estão expressamente qualificadas como exercitáveis em caráter privado por quem as titularize;

(c) que a disciplina e responsabilidade dos exercentes de tal delegação será fixada em lei, assim como as normas gerais sobre os emolumentos concernentes aos atos relativos a estes serviços;

(d) que o ingresso nas atividades notariais e de registro dependerá de concurso público, inadmitida vaga de serventia por mais de seis meses sem que se efetue concurso público ou de remoção para seu provimento; e

(e) que a fiscalização de seus atos será efetuada pelo Poder Judiciário." (In Revista de Direito Imobiliário n.º 47, p, 197 e 198)

"Seguindo a tendência geral que norteou o constituinte brasileiro de 1988 orientado para o que se convencionou chamar 'reforma do Estado', introduziu significativa transformação no regime jurídico do Notariado, dispondo em seu art. 236 que os serviços notariais seriam

'exercidos em caráter privado', por delegação do Poder Público." (In Revista de Direito Imobiliário n.º 48, p, 81)

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal reconhece o regime privado da prestação de tais serviços, como se vê dos Acórdãos abaixo transcritos: (ver parecer fls17...)

"Como ressaltado pelo Ministério Público Federal, às fls. 99, já houve oportunidade desta Corte desvendar o exato significado do disposto no caput do art., 236 da Constituição Federal, quando proclamou que, em verdade, esse preceito teve o intento de TOLHER a oficialização dos cartórios de notas e registros em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (RE nº 189. 736-SP, Rei Min. Moreira Alva, DJU de 27/09/96).

"Assim, é inconstitucional a norma do art. 34 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Espírito Santo, que promove a oficialização dos Cartórios de Notas e Registros." (STF, ADIn 417-ES, Rel Min. Maurício Corrêa, DJ 08/05/98)

"Julgo, em suma, que o sentido da provisão constitucional foi o de tolher, sem nem mesmo reverter, a oficialização dos cartórios de notas e registros (art. 236 da parte permanente e art. 32 do ADCT), em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do mesmo ADCT." (STF, RE 178.236-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 162, 779)

Nestas condições não poderia o Substitutivo do Sr. Relator, em nítido confronto com a Carta Magna, dispor de modo diferente, conferindo à repartição pública no caso o DETRAN a atribuição de exercer o serviço de registro do contrato de alienação fiduciária de veículos automotores.

A propósito, não somos contra a averbação no Detran. Estamos de acordo com o entendimento do eminentíssimo jurista pátrio , Ministro Moreira Alves, um dos autores do Código Civil, no Livro "Da alienação fiduciária em garantia", "in verbis":

"Essa averbação, que contará do certificado de registro a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito, não substitui, tornando-o desnecessário, o arquivamento do contrato de alienação

fiduciária em garantia no Registro de Títulos e Documentos. Este tem eficácia – segundo nosso entendimento – constitutiva do direito real que é a propriedade fiduciária; aquele se destina a fins probatórios, facilitando o conhecimento da alienação fiduciária a terceiros.” (José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, 1987, p. 74)

E que a atividade notarial e de registro, embora executada privadamente é por natureza serviço público e os agentes privados que os prestam estão submetidos a legislação própria e sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, como se viu da transcrição supra do art.236 da CF.

Esta legislação já existe. Trata-se da Lei n.º 6.015, de 1973, que estabelece as atribuições dos serviços de registros públicos e da lei n.º 8935, de 1994, que regulamenta a fiscalização daqueles serviços pelo Poder Judiciário.

Por isto é que a transferência do registro para um órgão do Poder Executivo ou para entidade sob sua supervisão, como quer o Substitutivo do Relator, viola o princípio constitucional da separação dos poderes, que impede que nenhum deles sofra ingerência de outro no que diz respeito à sua estrutura e funcionamento interno. Ora como poderia o Judiciário imiscuir-se na estrutura interna do Executivo para fiscalizar órgão do Poder Executivo, ou sujeito à sua supervisão, como é o DETRAN? E se o Judiciário não pode imiscuir-se, qual o sentido do § 1º do art. 236 da CF?

Finalmente, sabe-se que a alienação fiduciária de coisa móvel é um contrato novo, atípico, que combina e compra e venda, em que não há tradição do bem alienado ao comprador, com mútuo com garantia real e, por conseguinte, só pode aperfeiçoar-se e valer “erga omnes”, com o registro de Títulos e Documentos, que tem caráter constitutivo. Aliás, neste ponto o próprio relator reconhece a constitutividade do ato do registro, apenas transferindo impropriamente esta formalidade essencial do registro de título de documentos para o DETRAN.

Mas, isso não é tudo. É necessário expungir do texto do substitutivo o texto do art. 55, que não se coaduna com a técnica legislativa. É que é injurídico renomear o art. 66 da Lei 4728/65, como “66B”, que não passa de uma reprodução “ipsis litteris” do próprio ‘caput’ do art. 66, com a redação dada pelo Decreto Lei 911/66, “in verbis”:

“A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante o devedor em possuidor direto e depositário

com todas a responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a Lei Civil e Penal.”

Constitui um “bis in idem” reproduzir uma norma jurídica que já se encontra em pleno vigor, caracterizando um grave erro de técnica legislativa.

Assim impõem-se a exclusão do art. 66B, dada a sua manifesta injuridicidade.

Na realidade, o que o substitutivo deseja é alterar a redação dos §§ do art. 66 da Lei 4728/65, bem como normatizar a alienação fiduciária de coisa móvel ou de direito, que foi introduzida no nosso ordenamento jurídico, pela MP 2160/2001.

Neste sentido sugiro a seguinte redação:

Art. 55 – A Seção XIV da Lei n.º 4728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

Seção XIV

Alienação Fiduciária em Garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais

Art. 66 -.....

§ 1º - A alienação fiduciária em garantia somente se provar por escrito, por instrumento público ou particular, e se constitui com o registro do contrato, que lhe serve de título, no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor, e conterá, além de outros elementos, os seguintes:

a) o total da dívida ou sua estimativa;

b) o local e a data do pagamento;

c) a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização e demais taxas e comissões pactuadas; e

d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 7º - Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 1.421, 1425, 1.426, e 1.436 da Lei n.º 10.406, de 2002 – Código Civil.

§ 9º - Não se aplica à alienação fiduciária em garantia o disposto no art. 644 da Lei n.º 10.406, de 2002 – Código Civil.

§ 10 - A alienação fiduciária em garantia de veículo automotor, após o

registro de que trata o § 1º deste artigo, será anotada, para fins probatórios, no certificado de registro de veículo a que se refere a Lei n.º 9.503, de 23/09/1997 – Código de Trânsito brasileiro.

Art. 66-A - Aplica-se à alienação fiduciária em garantia de coisa móvel fungível ou de direito o disposto no artigo 66 e seus parágrafos, e o seguinte:

I – salvo disposição em contrário, a alienação fiduciária em garantia de coisa móvel fungível ou de direito transferirá ao credor fiduciário a posse direta e indireta do bem alienado em garantia;

II – após a sua constituição, nos termos do artigo 66 e seus parágrafos, a alienação fiduciária de coisa móvel fungível ou de direito dependerá, para ter eficácia perante terceiros:

- a) no caso de bens móveis e títulos ao portador, da efetiva tradição;*
- b) no caso de bens móveis sujeitos a registro, títulos nominativos e ações, da efetiva inscrição, anotação ou averbação, na forma legal;*
- c) no caso de créditos, da efetiva notificação do devedor.*

§ 1º . No caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, o fiduciário poderá vender o bem a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor, acompanhado de demonstrativo da operação realizada, o salvo apurado, se houver.

§ 2º . Aplicam-se à alienação fiduciária em garantia de coisa móvel fungível ou de direito, no que couber, os artigos 1.421, 1.425, 1.426 e 1.436 da Lei n.º 10.406, de 2002 – Código Civil.”

Merece reparos, também, a redação dada pelo art. 56 do substitutivo ao § 2º do Art. 2º do Decreto Lei n.º 911 de 1969. É que os bancos não querem notificar nem protestar o devedor antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão, negando-lhe assim a mínima oportunidade de saldar a dívida.

O relator procurou contemporizar, utilizando um conceito jurídico indeterminado, segundo qual o inadimplemento da obrigação, será “comprovado pela forma prevista em lei”, quando o curial seria manter a redação atual do § 2º do art. 2º da Decreto Lei 911 de 1969, que prevê à notificação do devedor para comprovar a mora

antes, do ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Diante do exposto , é de ser suprimido do Substitutivo o inciso IV do § 1º do art. 66 B, bem como alterado os seus arts. 55 e 56 na forma proposta acima, afim de adequa-los às normas Constitucionais, à juridicidade e à boa técnica legislativa.

É o voto.

Sala das Comissões, em _____ de _____ de 2004.

Deputado Vicente Arruda