

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

JÉVERSON LUÍS BOTTEGA

**QUALIFICAÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA À LUZ DA
CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO
Equanimidade e segurança jurídica no registro de imóveis**

São Leopoldo

2021

JÉVERSON LUÍS BOTTEGA

**QUALIFICAÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA À LUZ DA
CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**
Equanimidade e segurança jurídica no registro de imóveis

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari

São Leopoldo

2021

B751q Bottega, Jéverson Luís
Qualificação registral imobiliária à luz da crítica hermenêutica do direito. Equanimidade e segurança jurídica no registro de imóveis. / Jéverson Luís Bottega -- 2021.
196 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.
Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari.

1. Direito imobiliário. 2. Registro de imóveis. 3. Qualificação registral. 4. Hermenêutica jurídica. I. Título. II. Tassinari, Clarissa.

CDU 347.235

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL Mestrado

A dissertação intitulada: "QUALIFICAÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: Equanimidade e segurança jurídica no registro de imóveis" elaborada pelo mestrando Jéverson Luís Bottega, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 23 de março de 2021.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari Participação por Webconferência

Membro: Dr. Maurício Ramires Participação por Webconferência

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck Participação por Webconferência

A todos os meus professores de graduação e pós-graduação, especialmente aos Profs. Drs. Rodrigo Valim de Oliveira e André Rodrigues Correia, que, ainda nos primeiros anos da graduação, despertaram em mim o prazer pela pesquisa acadêmica.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Clarissa Tassinari, pelas excelentes aulas na disciplina de Direito, Estado e Justiça, por ter aceitado orientar-me, pela generosidade em compartilhar o seu vasto conhecimento jurídico, pelo fundamental auxílio na organização das ideias defendidas nesta dissertação e, especialmente, pelos momentos de diálogo, que me proporcionaram muitos aprendizados.

Ao Prof. Dr. Lenio Streck, pelas aulas de hermenêutica jurídica e, sobretudo, pela dedicação na criação, desenvolvimento e constante aprimoramento da Crítica Hermenêutica do Direito, teoria paradigmática que permite aos juristas acessar o verdadeiro sentido do Direito.

Aos Profs. Drs. dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia da UNISINOS, com os quais aprendi muito nestes dois anos de mestrado, em especial a Leonel Severo Rocha, a Anderson Vichinkeski Teixeira, à Têmis Limberger, à Sofia Inês Albornoz Stein, a Denis Coitinho Silveira e a Luiz Rohden.

O solipsista revolteia e revolteia na campânula, bate contra as paredes, revolteia adiante. Como conseguir tranquilizá-lo?

(Ludwig Wittgenstein)

RESUMO

Fundamentado na diretiva constitucional que impõe ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade do direito de propriedade, o registro público de imóveis no Brasil é condição obrigatória para que determinados direitos relativos a bens imóveis sejam constituídos, declarados, modificados e extintos. Além disso, a publicidade gerada com o registro confere ao ato jurídico a presunção de que está de acordo com o Direito, o que impõe ao responsável pelo serviço o dever de examinar se os títulos que lhe são apresentados foram pactuados em conformidade com o ordenamento jurídico, para, com base nesse exame, decidir se o registro postulado deve ser deferido ou negado. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo central realizar uma reflexão crítica a respeito da atribuição decisória do oficial de registro de imóveis à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck, a fim de demonstrar que, para atender às exigências do Estado Democrático de Direito, tal atribuição deve ser cumprida a partir de uma teoria que ofereça o ferramental necessário para blindá-la contra discricionariedades interpretativas.

Palavras-chave: Registro de imóveis. Qualificação registral. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

Based on the constitutional directive that imposes on the State the duty to guarantee the inviolability of the right of property, the public registration of real estate in Brazil is a mandatory condition for certain rights related to real estate to be constituted, declared, modified and extinguished. In addition, the publicization generated with the registration gives the registered title the presumption that it is in accordance with the law, which imposes on the person responsible for the service the duty to examine whether the titles presented to him were agreed upon in accordance with the legal system, to decide, based on this examination, whether the postulated registration should be granted or denied. In this context, the present study, based on Hermeneutical Critics of Law (HCL) developed by Lenio Streck, has as main objective to carry out a critical reflection regarding the assignment to decide of the real estate registry officer, in order to demonstrate that, to attend the requirements of the Democratic Rule of Law, such assignment must be fulfilled from a theory that offers the necessary tools to shield it against interpretative discretion.

Key-words: Property registration. The assignment to decide of the real estate registry officer. Legal hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL: A COMPREENSÃO AUTÊNTICA DA ATIVIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE À CORRETA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL	14
2.1 Finalidade do serviço: a ênfase na garantia do direito de propriedade e na promoção de segurança jurídica	14
2.2 Regime jurídico: o registro de imóveis como atividade jurídica do estado .	26
2.3 O ato do delegatário como ato administrativo: enquadramento necessário para que as finalidades do registro sejam alcançadas	45
2.4 Principais elementos do processo de registro: a constatação de que o ato administrativo praticado pelo delegatário deve ser motivado e não se enquadra na definição de ato discricionário	58
3 CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: A RUPTURA COM PARADIGMAS FILOSÓFICO E JURÍDICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO	67
3.1 O paradigma filosófico da crítica hermenêutica do direito	69
3.2 O paradigma jurídico da crítica hermenêutica do direito	86
3.3 Crítica hermenêutica do direito e a sua preocupação de fundo: o dever do agente público em chegar a respostas corretas em direito	101
3.4 Associação da crítica hermenêutica do direito ao serviço de registro de imóveis	108
4 ANÁLISE DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	113
4.1 O atual contexto da qualificação registral imobiliária.....	114
4.2 As teorias do saber prudencial e da legalidade como problemas: o enfrentamento da discricionariedade do registrador.....	130
4.3 Aportes para a construção de uma teoria hermenêutica da qualificação registral imobiliária	169
5 CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, o papel do Poder Judiciário na aplicação do Direito tem sido muito debatido. Nos estudos que organizam as discussões, as teorias que admitem que juízes decidam de forma discricionária, como base em argumentos morais, políticos ou econômicos, são corretamente apontadas como desajustadas aquilo que se espera do Direito no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo¹.

Entretanto, para além da atividade jurisdicional, existe outra forma de atuação jurídica do Estado, que, embora também constitua, declare, modifique e extinga direitos, ainda é muito pouco estudada. A atividade jurídica a que se faz referência é a exercida no âmbito do serviço de registro público de imóveis, que, a exemplo da atividade jurisdicional, também não está imune aos problemas relativos à discricionariedade interpretativa/decisória².

Previsto no artigo 236 da Constituição Federal, que também estipula a disciplina geral das outras espécies de registros públicos³, bem como das atividades

¹ A expressão “Constitucionalismo Contemporâneo” é utilizada por Streck para se referir ao constitucionalismo do segundo pós-guerra como alternativa à expressão “neoconstitucionalismo”, cujo sentido que habita no senso comum remete à ideia de que nesse paradigma valores teriam sido introduzidos no Direito e a sua aplicação seria manejada pelos titulares da decisão jurídica em busca da concretização da Justiça. O Constitucionalismo Contemporâneo, por sua vez, representa, segundo Streck, “um redimensionamento na praxis político-jurídica: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). [...] Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 46-47.

² O desinteresse pelo estudo do tema pode ser explicado por fatores como a inexistência de disciplina relativa aos registros públicos na grade curricular das faculdades de Direito; a fórmula usada nos concursos públicos, que remetem os candidatos, futuros registradores, aos manuais esquematizados/simplificados; e, sobretudo, a inautêntica compreensão, ainda presente no senso comum, de que os serviços de registro são apenas atividades técnico-administrativas, e não jurídicas.

³ O legislador ordinário, atendendo ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 236 da Constituição Federal, editou a Lei nº 8.935/94 para regular a atividade, momento em que optou por organizar os registros públicos dividindo-os em cinco espécies de serviço: a) registro civil das pessoas naturais, destinado ao registro de fatos jurídicos relativos à vida civil das pessoas físicas; b) registro civil das pessoas jurídicas, no qual são registrados os atos constitutivos das pessoas jurídicas não empresárias, bem como as matrículas de jornais, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias; c) registro de títulos e documentos, que possui atribuição residual em relação às demais espécies de serviço registral, cabendo-lhe a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício; d) registro de contratos marítimos, ao qual compete registrar os atos, contratos e instrumentos relativos a transações de determinadas embarcações; e) registro de imóveis, destinado ao registro de títulos representativos de direitos relativos à propriedade imobiliária.

notariais⁴, o serviço de registro de imóveis, em que pese seja de titularidade do Estado, é delegado para ser exercido em caráter privado. O profissional do Direito a quem a delegação é outorgada mediante concurso público, além de ser responsável pelo gerenciamento administrativo da serventia, tem o dever de, antes de praticar os atos de registros que lhe são demandados, realizar a chamada qualificação registral⁵.

Considerando que a publicidade gerada com o registro conferirá ao ato jurídico a presunção de que está de acordo com o Direito, ao proceder a referida qualificação o delegatário deve examinar se os títulos que lhe são apresentados foram pactuados em conformidade com o ordenamento jurídico, para, com base nesse exame, decidir se o registro postulado deve ser deferido ou negado. Verifica-se, portanto, que a decisão jurídica a ser proferida pelo oficial de registro de imóveis irá definir se direitos relativos à propriedade imobiliária – elencada no artigo 5º da Constituição Federal como direito fundamental – podem ser constituídos, declarados, modificados ou extintos, bem como poderá impedir que tais direitos sejam usados de forma abusiva, com desrespeito à ordem social (e.g. transmissão de unidades habitacionais oriundas de projetos sociais para pessoas que não se enquadram nos requisitos legais), urbanística (e.g. registro de parcelamentos do solo sem atender às destinações mínimas de áreas públicas previstas em lei) e ambiental (e.g. constituição de direitos de uso em áreas de preservação).

De referir, ainda, que, ao longo dos últimos anos, diversas atribuições jurisdicionais têm sido direcionadas aos registradores imobiliários, em uma crescente onda de desjurisdicionalização. Como exemplos desse processo, é possível citar os procedimentos extrajudiciais de cobrança, purgação de mora, consolidação da propriedade fiduciária e leilão para a alienação de imóveis dados em garantia de

⁴ Assim como os registros públicos, os serviços notariais – divididos pela Lei nº 8.935/94 em tabelionato de notas e tabelionato de protesto de títulos – se destinam a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos, contudo, atuam de forma e em momentos distintos. Os tabeliães formalizam juridicamente a vontade das partes, orientando-as sobre o conteúdo dos atos, sendo os notários, nas palavras de Ceneviva, uma “ponte entre a lei e a declaração”. Os registradores, por sua vez, atuam após as relações jurídicas terem sido formalizadas, constituindo, declarando, modificando e extinguindo direitos a partir do registro dos títulos a eles apresentados pelos interessados. CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

⁵ A nomenclatura é extraída da doutrina. Por todos, cita-se Silva, que analisou a origem e o sentido da expressão nos seguintes termos: “este exame prévio e profundo dos documentos que são apresentados constitui o que se chama de ‘qualificação’, palavra oriunda dos vocábulos latinos “qualis” e “facere”, que significa dar qualidade, dar aptidão aos documentos para serem admitidos nos lançamentos registrais”. SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 52, jul./dez. 1981.

dívidas, previstos nos artigos 26 e seguintes da Lei nº 9.514/97; a retificação administrativa de medidas perimetrais de imóveis, nos termos estabelecidos no artigo 59 da Lei nº 10.931/04; e a usucapião extrajudicial, consoante o disposto no artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, diante da relevância do serviço, mostra-se evidente a necessidade de que sejam realizadas pesquisas acadêmicas voltadas ao estudo da qualificação registral imobiliária, com o objetivo de demonstrar que, para atender às exigências do Estado Democrático de Direito, as atribuições jurídicas dos registradores devem ser cumpridas a partir de uma teoria que ofereça o ferramental necessário para blindá-las contra discricionariedades interpretativas/decisórias. Realizar essa reflexão é a tarefa que se pretende enfrentar neste trabalho.

Para tanto, a abordagem do tema está delimitada pelo desenvolvimento de um viés crítico de recorte filosófico direcionado ao papel do oficial de registro ao cumprir a sua atribuição decisória. Inicialmente, se buscará, com a análise da própria especificidade da produção legislativa e da doutrina especializada, desvelar aquilo que se entende por autêntica caracterização do serviço de registro de imóveis no Brasil. Com esse propósito, serão estudadas as finalidades/intencionalidades do serviço, o regime jurídico aplicável à atividade, as especificidades dos atos praticados pelos delegatários e os principais elementos do processo de registro.

Considera-se importante cumprir essa etapa a fim de afastar os pré-juízos inautênticos que predominam no senso comum, bem como possibilitar a adequada compreensão da qualificação registral como a principal atribuição do delegatário do serviço e condição de possibilidade do sistema registral imobiliário brasileiro. A partir do estudo das finalidades do serviço será possível compreender por que o registro de imóveis no Brasil enquadra-se no sistema de registro de direitos. Por sua vez, perceber o regime jurídico aplicável à atividade viabilizará enxergá-la como função jurídica que, embora seja exercida em caráter privado, é de titularidade do Estado. E, sendo serviço de titularidade do Estado, o exame das peculiaridades dos atos praticados no âmbito do registro de imóveis permitirá classificá-los como ato administrativo, bem como possibilitará verificar as consequências dessa classificação para o processo de registro. Essas pré-compreensões, por estabelecerem a linguagem a partir da qual o registrador deve compreender/interpretar/aplicar a lei no momento da qualificação, se mostrarão essenciais para

que, na sequência do trabalho, as liberdades e os limites da atribuição decisória do registrador sejam identificados.

Cumprida a etapa estruturante, serão estudados os paradigmas filosófico e jurídico que estão na base da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) com o objetivo de associar a qualificação registral à referida matriz teórica, que foi fundada há mais duas décadas pelo jusfilósofo gaúcho Lenio Streck. O manancial de possibilidades para a construção de respostas corretas em Direito que a CHD coloca à disposição dos julgadores permite afastar o elemento discricionariedade das decisões, bem como confere legitimidade ao órgão julgador e segurança jurídica aos membros da comunidade. E é justamente por ser uma teoria preocupada com a segurança jurídica que se entende possível aproximar a CHD do serviço de registro de imóveis.

A última parte do trabalho será destinada à análise da qualificação registral imobiliária à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Inicialmente, será exposto o atual contexto da qualificação para, em seguida, estudar detalhadamente as principais características das denominadas teorias do saber prudencial do registrador, de Ricardo Dip, e da legalidade, de Afrânio de Carvalho, que têm norteado os delegatários no cumprimento das suas atribuições, a fim de demonstrar que ambas as teses não se apresentam aptas para resolver o problema da discricionariedade. Feito isso, se buscará apresentar, com base nas lições da CHD, alguns aportes para a construção de uma teoria hermenêutica da qualificação registral imobiliária, sem, entretanto, a pretensão de esgotar o tema.

O método de abordagem que conduz a pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico, formulado pelo filósofo Martin Heidegger, e que também encontra contributos nas obras filosóficas de Hans-Georg Gadamer. A adoção dessa metodologia importa em romper com os tradicionais métodos indutivo e dedutivo – nos quais a linguagem é analisada em um sistema fechado de referência – a fim de demonstrar que os discursos jurídicos são estabelecidos pelo horizonte de sentido dado pela compreensão⁶.

A primeira tarefa na aplicação do método fenomenológico-hermenêutico consiste em deslocar o olhar do ente em direção ao ser, de modo que aquilo que permanece oculto no que se mostra possa ser desvelado. No meio do processo se

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 235. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

busca desconstruir as sedimentações que se formam na linguagem, abrindo-se para, dentro da tradição, explorar as possibilidades encobertas, propiciando o seu desentranhamento. Por fim, projeta-se um novo horizonte de sentido a partir da repetição da tradição, mas com a conseqüente supressão de seus encobrimentos linguísticos⁷.

Assim, como o ponto central da presente investigação é realizar uma releitura da qualificação registral a partir da análise crítica dos pensamentos objetificadores e subjetivistas predominantes, entende-se que a decisão metodológica tomada se justifica. Ademais, a reflexão filosófica de matriz heideggeriana e gadameriana está na base da CHD, referencial teórico do Direito que estabelece as condições de possibilidade para o desenvolvimento dos objetivos desta pesquisa.

Finalmente, cabe anunciar que o método de procedimento utilizado é o monográfico. Tal opção importa em abordar o tema de forma específica e delimitada, a fim de trabalhá-lo com mais segurança, sem, contudo, perder de vista a perspectiva panorâmica, a ser usada como pano de fundo para o desenvolvimento da dissertação⁸.

⁷ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991, *passim*. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 45-54.

⁸ ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 10.

2 CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL: A COMPREENSÃO AUTÊNTICA DA ATIVIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE À CORRETA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

O primeiro desafio a ser enfrentando no presente trabalho será analisar as características do sistema brasileiro de registro público de imóveis. Com esse propósito, serão estudadas as finalidades/intencionalidades do serviço, o regime jurídico aplicável à atividade, as especificidades dos atos praticados pelos delegatários e os principais elementos do processo de registro.

Considera-se importante cumprir essa etapa a fim de afastar os pré-juízos inautênticos que predominam no senso comum, bem como possibilitar a adequada compreensão da qualificação registral como a principal atribuição do delegatário do serviço e condição de possibilidade do sistema registral imobiliário brasileiro. Além disso, tendo em vista que o legislador foi sucinto ao tratar da qualificação registral, prevendo apenas que “havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito” (art. 198 da Lei nº 6.015/73), definir o que se entende por compreensão autêntica do serviço de registro de imóveis será fundamental para, na sequência deste trabalho, estudar a atribuição decisória do delegatário, momento em que as características da atividade, por estabelecerem a linguagem a partir da qual o registrador deve compreender/interpretar/aplicar a lei no momento da qualificação, se mostrarão essenciais para que as liberdades e os limites da função sejam identificados.

2.1 Finalidade do serviço: a ênfase na garantia do direito de propriedade e na promoção de segurança jurídica

Não obstante os serviços desempenhados nos registros de imóveis existam, no Brasil, desde meados do século XIX⁹, foi só com a promulgação da Constituição

⁹ A origem da propriedade imobiliária particular no Brasil está na Lei nº 601, de 1850 (chamada Lei de Terras), que legitimou as ocupações por sesmarias e posses, formas, respectivamente, eleitas pelos reinos de Portugal e do Brasil para a ocupação do território. Nesse período, a transmissão da propriedade se dava pelo consenso formalizado com a celebração do título de transmissão. Por sua vez, a origem do sistema registral imobiliário está na Lei Orçamentária nº 317, de 1843, que criou o Registro Geral das Hipotecas em cada uma das Comarcas do Império, na Lei nº 1.237, de 1864, que criou o Registro Geral Imobiliário, determinando, dentre outros, o registro das transmissões de bens imóveis *inter vivos*, bem como a constituição de ônus reais (art. 7º), e no Decreto nº 3.453, de 1865, que criou a atribuição qualificadora dos oficiais de registro e instituiu o procedimento de dúvida (arts. 69 e 74). CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 12.

Federal de 1988 que as balizas necessárias à fixação do regime jurídico da atividade foram estabelecidas¹⁰. A base normativa do serviço de registro de imóveis, e também dos serviços notariais e das demais espécies de serviços registrais¹¹, está no artigo 236 da Constituição Federal¹². Embora tenha se preocupado em demarcar os contornos do regime jurídico aplicável à atividade registral imobiliária, que será objeto de análise no próximo subcapítulo, o constituinte originário optou por outorgar ao legislador ordinário a competência para regular o serviço e definir a estrutura do sistema registral adotado no país.

Assim, com o propósito de sistematizar a análise do tema deste subcapítulo, as finalidades imputadas pelo legislador ao registro de imóveis foram divididas em duas espécies: a objetiva e a substantiva. A finalidade objetiva está ligada ao objeto imediato (direto) do serviço, ou seja, o registro de atos relativos a direitos sobre bens imóveis que possuem efeitos reais. Por sua vez, a finalidade substantiva está relacionada ao objeto mediato (indireto), vinculada à razão de ser da própria atividade: a garantia do direito de propriedade e a promoção de segurança jurídica.

A finalidade substantiva do serviço registral imobiliário está delineada na Lei nº 8.935/94, que regulamentou o artigo 236 da Constituição Federal. Conforme estabelece o artigo 1º da chamada lei dos notários e registradores¹³, os “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a

¹⁰ No presente estudo, as características do serviço de registro de imóveis serão analisadas a partir da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.935/94. As discussões doutrinárias anteriores não serão examinadas, mas poderão ser indicadas no decorrer do texto com o objetivo de demonstrar a origem dos equívocos da doutrina na atual caracterização da atividade. Sobre as discussões relativas às características do serviço de registro de imóveis anteriores à CF/1988, ver: SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 45, jul./dez. 1981. A respeito da evolução do tratamento constitucional da atividade no Brasil, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2263.

¹¹ Considerando que o artigo 236 da Constituição Federal contém a norma-base do regime jurídico tanto dos serviços notariais quanto dos registrais, durante o desenvolvimento do trabalho alguns dos autores citados farão referência a ambas as espécies de serviço. Destaca-se, entretanto, que o foco do estudo será sempre direcionado ao serviço de registro de imóveis.

¹² 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. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹³ A expressão é usada por diversos autores que tratam da Lei nº 8.935/94. Cita-se como exemplo: CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. No que se refere ao registro de imóveis, entende-se que a correta compreensão da regra acima transcrita depende da análise da finalidade objetiva do serviço, motivo pelo qual ela será estudada primeiro.

A finalidade objetiva do registro de imóveis não foi tratada pelo legislador na Lei nº 8.935/94, pois, ao tempo da sua edição, já vigorava a Lei dos Registros Públicos, levando o legislador a optar por manter o regramento previsto na citada lei¹⁴. Assim, a finalidade objetiva do serviço é extraída do artigo 172 da Lei nº 6.015/73, que prevê o seguinte:

Art. 172 da Lei nº 6.015/73 – No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘*intervivos*’ ou ‘*mortis causa*’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade. (grifo do autor).¹⁵

Segundo estabelece o artigo 172, o registro de imóveis tem como finalidade o registro de atos jurídicos que visam à constituição, declaração, transferência e extinção de direitos reais sobre imóveis. Verifica-se, portanto, que a finalidade objetiva do serviço está diretamente relacionada ao regime jurídico dos direitos reais sobre bens imóveis.

Os direitos reais consistem no poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos¹⁶. É justamente a oponibilidade *erga omnes*, uma das características dos direitos reais¹⁷, que os diferenciam dos direitos

¹⁴ Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas. BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 47.

¹⁷ Em geral, a doutrina reconhece nos direitos reais as seguintes características: a) são exercidos sobre a coisa; b) são oponíveis contra todos; c) têm caráter permanente; d) não são violados por fato negativo; e) são passíveis de usucapião (propriedade e os direitos reais de gozo e fruição); f) são taxativos (o rol de direitos reais constante da lei é taxativo – *numerus clausus*); g) geram direito de sequela, respondendo a coisa onde quer que esteja. TARTUCE, Flávio. **Direito das coisas**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 4, p. 19.

personais (obrigacionais), que consistem em uma relação jurídica na qual o credor pode exigir do devedor determinada prestação¹⁸, sendo essa relação jurídica oponível, em regra, apenas às partes celebrantes do negócio¹⁹.

Constata-se, pelo exposto, que a exigência de registro do ato jurídico para a existência formal dos direitos reais, seja por constituição, seja por declaração, está diretamente relacionada aos efeitos de tais direitos, que se expandem para além da relação jurídica formalizada com a celebração título²⁰. Ora, se o direito real é oponível contra todos, tal direito deve ser publicizado, para que os terceiros, todos aqueles que não integraram a relação jurídica que deu causa ao direito, possam respeitá-lo²¹.

Nesse sentido, Montes²² afirma que:

Embora todos os direitos devam ser respeitados, os direitos de obrigação, enquanto têm apenas interesse e produzem efeitos *inter partes*, não admitem outra violação que a ocasionada, quando não realizar o devedor a atuação devida. Pelo contrário, os direitos reais enquanto não se dão em face de determinada pessoa, mas que supõem o conjunto de faculdades mais ou menos extensas que o titular pode exercitar sobre uma coisa, permitem sua infração por qualquer um e logicamente devem implicar um dever de abstenção, de respeito, que diz respeito a todos. Se a sociedade inteira deve abster-se de realizar atos que menoscabem, perturbem ou impeçam o exercício dos direitos reais, a contrapartida lógica deverá ser que a mesma (seus componentes) tenha possibilidade de conhecer a existência daqueles, com o objetivo de poder dar cumprimento aos deveres abstensivos por tais direitos.

A obrigatoriedade do registro dos títulos representativos de atos jurídicos que visam à constituição, declaração, transferência e extinção de direitos reais sobre imóveis está prevista no artigo 169 da Lei nº 6.015/73. Diversos dispositivos do

¹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 105.

¹⁹ Em geral, a doutrina reconhece nos direitos pessoais as seguintes características: a) são exercidos contra outra pessoa; b) são oponíveis somente contra o devedor (ou quem por ele se obrigar); c) são transitórios; d) são violados por fato positivo ou negativo (ex: obrigação de não fazer); e) não se adquirem por usucapião; f) são de livre criação (o rol é exemplificativo); g) geram responsabilidade civil em caso de inadimplência. TARTUCE, Flávio. **Direito das coisas**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 4, p. 19.

²⁰ JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 29.

²¹ JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 40.

²² MONTES, Angel Cristóbal. **Direito imobiliário registral**. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 20.

Código Civil também indicam a obrigatoriedade do registro, merecendo destaque os artigos 1.227, 1.238 e 1.245, conforme se passa a analisar.

Segundo estabelece o artigo 1.227, os direitos reais sobre imóveis²³, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos títulos de formalização de tais direitos. No caso do artigo 1.238, ao positivar a aquisição da propriedade imóvel pela usucapião, o legislador indicou a necessidade de registro da sentença declaratória no serviço de registro de imóveis. Nessa hipótese, o registro tem efeito declaratório, sendo obrigatório para que o titular do direito possa dele dispor.

Ao tratar da transmissão da propriedade entre vivos, o legislador, no artigo 1.245, indicou a necessidade do registro do título no registro de imóveis, sem o qual o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. Nesse caso, o registro tem efeito constitutivo, sendo obrigatório para que o direito real de propriedade passe a integrar a esfera patrimonial do adquirente. Enquanto o título não for registrado, entre o alienante e o adquirente só há direito obrigacional.

Em que pese a lei dos registros públicos tenha direcionado a finalidade, chamada neste estudo de objetiva, do registro de imóveis aos direitos reais, algumas espécies de direitos pessoais também têm acesso ao álbum imobiliário, seja por determinação legal²⁴, seja em razão do efeito que produzem²⁵. Para comprovar a

²³ Nos termos do artigo 1.225 do Código Civil, são direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso; e XIII - a laje. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁴ Dip contesta o aforisma “o registro imobiliário está dirigido à inscrição de direitos reais”, afirmando, com o que se concorda, que “basta cogitar do fato de que são registráveis, no direito brasileiro posto, as locações de prédios, as penhoras, os arrestos e os sequestros de imóveis, as convenções antenupciais, as citações – *maxime* as relativas a ações pessoais reipersecutórias relativas a imóveis, os dotes (art. 167, inc. I, n. 3, 5, 12, 21, 27, Lei 6.015, de 31.12.1973). Mas a locação, a penhora, o arresto, o pacto antenupcial, a citação e o dote, nunca se pensou que, no direito nacional, fossem direitos reais. Uma coisa, por certo, é admitir que o registro imobiliário está voltado tendencialmente a albergar direitos reais – seja para constituí-los ou não; coisa diversa é dizer que o registro predial somente se dirija a publicar direitos reais.” DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 36, jul./dez. 1999.

²⁵ Identificar os atos que têm acesso ao registro é importante, pois, conforme lembra Pontes de Miranda, “o que não é registrável e foi registrado não goza da presunção” decorrente do registro. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito predial**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. v. 1, p. 133. No mesmo sentido, Carvalho afirma que, mesmo quando o título mostra-se rigorosamente legal quanto aos requisitos formais que lhe são próprios, o registro poderá ser obstaculizado se o registrador constatar “que o título tem um conteúdo que não se acha previsto entre os direitos inscrivíveis taxativamente determinados por lei, pois, nesse caso, a sua inscrição nada adiantará, a não ser para macular o livro, de vez que a lei lhe nega qualquer efeito”. CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei

afirmação acima, propõe-se analisar os direitos pessoais a partir da seguinte sistematização: obrigações propriamente ditas²⁶, obrigações *propter rem*²⁷ e obrigações com eficácia real²⁸.

As obrigações propriamente ditas são criadas a partir de um vínculo jurídico que permite ao credor exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. Os efeitos dessas obrigações ficam restritos às partes celebrantes do negócio jurídico, motivo pelo qual não faz sentido publicizá-las no registro imobiliário (e.g. contrato de locação que não contém cláusula de vigência ou direito de preferência em caso de alienação do imóvel; contrato de comodato). Da mesma forma, as obrigações *propter rem*, em regra, também não têm acesso ao registro de imóveis, pois a sua existência decorre de disposição legal, o que faz com que integrem as características do imóvel, tornando-se inerentes à condição de proprietário (e.g. direito de vizinhança; débitos condominiais; débitos fiscais relativos ao imóvel).

De outro lado, as obrigações com eficácia real são criadas no momento da formação da relação contratual, por expressa disposição dos contratantes em decorrência de permissão legal (e.g. o direito de preferência decorrente do contrato de locação de bens imóveis, previsto no art. 33 da Lei nº 8.245/91; cláusula de retrovenda pactuada nos contratos de compra e venda de bem imóvel, nos termos do disposto no artigo 505 do Código Civil). Tais obrigações – além de atingir, como no caso dos exemplos citados, o direito de disposição que integra o direito real de propriedade – geram efeitos perante terceiros que não participaram da formação do contrato, motivo pelo qual, ainda que sejam classificadas como direitos pessoais, devem ser registradas no cartório de imóveis, justamente em razão da eficácia real que possuem.

Identificada a finalidade objetiva do serviço de registro de imóveis, passa-se à análise da finalidade substantiva da atividade, prevista no artigo 1º da Lei nº 8.935/94. Segundo estabelece o referido dispositivo legal, ao serviço de registro de

6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 262. Assim, ao registrar o que não é registrável, como, por exemplo, o índice urbanístico de um determinado imóvel ou um direito obrigacional, cria-se a ilusão em quem tem acesso ao teor do registro de que o que foi inscrito corresponde à verdade e/ou gera efeitos perante terceiros, sendo que, nessa hipótese, o registro não produziu tal efeito.

²⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 13.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 116.

²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 254 e 258.

imóveis cumpre garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, que, considerando a finalidade objetiva do registro, visem a constituição, declaração, transferência e extinção de direitos reais ou obrigações com eficácia real relativas a imóveis.

Cada uma das garantias impostas pelo legislador à atividade remete a complexidades que lhes são próprias. O registro de imóveis deve garantir a publicidade, pois a ideia de cognoscibilidade²⁹ é inerente aos registros públicos, mas deve fazê-lo sem desrespeitar o direito fundamental à privacidade dos titulares dos direitos registrados³⁰.

Por sua vez, ao garantir a autenticidade e a eficácia dos atos jurídicos, o registro outorga certeza em relação ao objeto e às pessoas que celebraram o ato³¹, bem como certifica que os direitos pactuados estão aptos a produzir efeitos em relação a terceiros. Em ambos os casos, a presunção de veracidade dos atos praticados no registro de imóveis impõe ao delegatário do serviço a necessidade de verificar se o título apresentado para registro está de acordo com o Direito, a fim de evitar que títulos imperfeitos sejam registrados, gerando uma presunção de correção que não possuem.

Essas garantias oriundas da atuação do registro de imóveis são complementadas por aquela que a doutrina³² qualifica com a principal finalidade do serviço: outorgar segurança jurídica às relações sociais envolvendo direitos reais sobre bens imóveis, o que transforma o serviço de registro de imóveis no verdadeiro foro dos direitos reais.

²⁹ Conforme leciona Guerreiro, “a publicidade que os registros públicos conferem não é, pois, uma publicidade qualquer apenas geradora da *notícia* da existência dos direitos. É sim uma publicidade que gera *efeitos* quanto à cognoscibilidade dessa existência. Tais efeitos, que ao longo da evolução histórica foram nos primeiros tempos apenas probatórios e depois presuntivos da existência e validade dos direitos, passaram a partir das primeiras leis hipotecárias do século XIX a ser também os da *eficácia* em relação a terceiros e mesmo de uma eficácia absoluta, inclusive para as próprias partes.” GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. **Publicidade e princípios do registro**. Temas de Registro e de Notariado. Coimbra: Almedina, 2010b. p. 17.

³⁰ Sobre a discussão entre publicidade registral e privacidade, ver: GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. **O registro imobiliário e o direito à proteção dos dados pessoais**. Temas de Registro e de Notariado. Coimbra: Almedina, 2010a. p. 263 e ss. Cumpre referir, também, que a Lei nº 13.709/2018 estende aos serviços notariais e registrais o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídica de direito público em relação à necessidade de cuidados com a proteção de dados pessoais.

³¹ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 271 e 274.

³² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 43, jan./jun. 1992.

Dizer que o serviço registral deve garantir segurança jurídica aos atos que visam à constituição, declaração, transferência e extinção de direitos reais ou obrigações com eficácia real relativas a imóveis significa reconhecer que cabe ao delegatário do serviço, no exercício da sua função, em sentido abstrato, garantir a segurança de realização do Direito conforme prescrito no ordenamento jurídico vigente e, em sentido concreto, impedir o acesso ao fólio real de títulos nulos ou com anulabilidades aparentes que não foram expressamente declaradas no título, gerando estabilidade a tais relações sociais, tanto sob o ponto de vista estático (garantia da propriedade privada aos seus titulares, que só a perderão mediante o devido processo legal) quanto dinâmico (garantia de que as relações jurídicas envolvendo imóveis serão registradas apenas se estiverem de acordo com o Direito). Fica evidente, portanto, que, no caso do registro de imóveis, a segurança jurídica (finalidade substantiva), que orienta o registrador no exercício das suas funções, é direcionada à finalidade objetiva do registro (direitos reais e obrigações com eficácia real).

Para atender as suas finalidades legais, o registro de imóveis deve estar estruturado em um sistema que imponha a análise jurídica dos títulos antes da lavratura do registro. Ao tratar dos diversos sistemas registrais, Jardim³³ destaca que as distintas tradições do direito (*common law*, *civil law* em suas várias subdivisões, etc) e as legislações nacionais imprimem características próprias a cada sistema³⁴. No que se refere à mutação jurídico-real, a autora portuguesa³⁵ assevera que há três sistemas em confronto, o sistema do modo, o sistema do título e o sistema do título e modo, que, em termos gerais, possuem as seguintes características:

- a) sistema do modo: o efeito real não depende do negócio obrigacional em que se manifesta a vontade, mas de um processo abstrato que resulta do acordo relacionado ao direito real e não ao direito obrigacional. Nesse contexto, o assento registral (modo) tem efeito constitutivo e a

³³ JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 20.

³⁴ Ao analisar a finalidade dos sistemas registrais, Jardim identifica um traço comum em todos eles. Segundo a autora, “o registo não é uma instituição natural, mas sim uma instituição artificial: uma pura criação para atingir determinados fins do tráfico jurídico. O objetivo de todos os sistemas registrais é o mesmo – garantir a segurança jurídica dos direitos e a proteção do tráfico imobiliário”. JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 20.

³⁵ JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 50.

separação entre o negócio causal e o registro gera a independência entre eles, de tal forma que eventual nulidade do título não atinge o registro. É o caso do sistema alemão;

- b) sistema do título: em regra, o registro não é condição necessária nem suficiente para alterar a situação jurídico-real existente, que se efetivou pela manifestação de vontade (consensualidade) declarada no título representativo do ato jurídico (que pode ser uma lei, um ato administrativo, uma decisão judicial ou um ato jurídico). O assento registral assume uma função meramente declaratória, e, conseqüentemente, visa consolidar a oponibilidade *erga omnes*. É o caso de França, Bélgica e Portugal;
- c) sistema do título e modo: a constituição, declaração, transferência e extinção de direitos reais depende de um título, causa que justifica a mutação jurídico-real, e de um modo, que realizará, efetivamente, tal mutação, concretizando-se o prévio acordo de vontades. É o caso de Áustria, Suíça, Holanda, Grécia e Espanha. Havendo diferenças entre os sistemas de cada país quanto ao modo – registro ou tradição – e, portanto, quanto ao efeito – constitutivo ou declaratório.

A opção do legislador brasileiro foi, claramente, pelo sistema do título e modo, conforme se constata em diversos dispositivos legais³⁶, bem como no já abordado artigo 172 da Lei nº 6.015/1973. Sobre tal sistema, Orlando Gomes³⁷ explica:

Titulus e modus são interdependentes. O título aquisitivo é a causa da transmissão, de sorte que, se for defeituoso ou falso, impede a eficácia normal e regular do modo de aquisição. Para se saber, pois, se é válida a aquisição da propriedade de um bem imóvel, entre vivos, há que verificar se o negócio causal é hígido e se a **transcrição** foi perfeita. [...] O ato registral é, desse modo, o ato de investidura da propriedade no seu adquirente. Sem que tenha sido regularmente praticado pelo registrador, a propriedade não se transfere, continuando no patrimônio do alienante seja qual for o título translativo. (grifo do autor).

Verifica-se, portanto, que, de acordo com o sistema registral brasileiro, os títulos relativos a direitos com efeitos reais sobre imóveis (título) devem ser registrados (modo), quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade³⁸. Contudo,

³⁶ Podem ser citados como exemplo, além dos já mencionados artigos 1.227, 1.238 e 1.245, todos do Código Civil: a constituição da propriedade horizontal, prevista no artigo 1.332 do CC; a constituição da multipropriedade, regulada no artigo 1.358-F, do CC; a propriedade fiduciária, conforme estabelece o artigo 23 da Lei nº 9.514/97; a desapropriação, nos termos dos artigos 10-A, §2º, 29 e 34, todos do Decreto 3.365/41.

³⁷ GOMES, Orlando. A introdução do princípio da continuidade do registro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 1, p. 11, jan./jun. 1978.

³⁸ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 136.

tendo em vista que a mutação jurídico-real depende da conjugação entre título e modo, o sistema exige que o titular da delegação, antes de praticar o ato de registro, proceda minuciosa análise do título representativo do ato jurídico. Tal verificação é realizada com o objetivo de identificar se o título está hígido em relação aos requisitos intrínsecos e extrínsecos que lhes são próprios, a fim de evitar que a ausência de título válido afete o registro e as garantias, de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, que dele emanam, permitindo que o sistema atenda às finalidades substantivas que lhe são impostas por lei.

Essa análise, denominada pela doutrina de qualificação registral³⁹, está prevista no artigo 198 da Lei nº 6.015/73 e demonstra a opção do legislador por inserir o registro de imóveis brasileiro no sistema de registro de direitos. Ao contrário dos sistemas de registro de documentos, nos quais, em geral, o registro é realizado independentemente de prévio exame do título, pois a constituição do direito se dá fora do registro e as eventuais discussões sobre os defeitos do título são resolvidas na esfera judicial, no sistema de registro de direitos o título só será registrado após a qualificação registral, concedendo proteção aos que celebraram o ato jurídico, bem como a terceiros em face do fato registrável⁴⁰, na medida em que a existência de prévia análise do título gera presunção de que o direito, constituído, declarado, transmitido ou extinto em razão do registro, está de acordo com o ordenamento jurídico, evitando futuros litígios.

A opção do legislador brasileiro pelo sistema de registro de direitos, além de estar alinhada às finalidades legais do registro de imóveis, possui o nítido sentido de proteção à propriedade imobiliária, atendendo à diretiva prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que indica o dever do Estado de garantir a inviolabilidade do direito à propriedade, catalogando-o como direito fundamental. A referida previsão constitucional se compatibiliza com o fato de a propriedade privada, incluindo-se a imobiliária, ter sido elencada como propulsora do desenvolvimento econômico e social do Estado brasileiro, conforme também é possível extrair da Constituição, que, no seu artigo 170, lista a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios

³⁹ Sobre a origem e o sentido da expressão, vale destacar a lição de Silva, nos seguintes termos: “este exame prévio e profundo dos documentos que são apresentados constitui o que se chama de ‘qualificação’, palavra oriunda dos vocábulos latinos “qualis” e “facere”, que significa dar qualidade, dar aptidão aos documentos para serem admitidos nos lançamentos registraes”. SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 52, jul./dez. 1981.

⁴⁰ Sobre a extensão da proteção aos terceiros em cada sistema registral, ver: JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial**: terceiros para efeitos de registo. Coimbra: Almedina, 2015. p. 21.

orientadores da ordem econômica⁴¹. Como se verifica, a configuração legal do registro de imóveis, além de estar ajustada à Constituição Federal (passando, portanto, pelo filtro constitucional), funciona como mecanismo que assegura as condições de possibilidade para a implementação de garantias constitucionais.

Deve-se ter presente, ainda, que o *status* que o constituinte outorgou à propriedade privada é o que legitima o Estado a tutelar o direito de propriedade sobre bens imóveis, não apenas pela função jurisdicional, mas, também, por meio de outros órgãos prestadores de serviço público, como é o caso do registro de imóveis. A relevância que determinadas categorias de interesses privados têm para a sociedade confere ao Estado o poder para, nos limites impostos pela legalidade, intervir na administração de tais interesses⁴², permitindo, inclusive, que sejam criadas regras que, eventualmente, imponham condições à autonomia da vontade (e.g.: a obrigatoriedade do registro para a transmissão da propriedade imobiliária entre vivos, conforme prevê o artigo 1.245 do CC), que, em regra, serve de norte para as pactuações no âmbito privado.

Dito de outra forma, a partir da perspectiva do registro de imóveis, o Estado, ao exigir que os atos jurídicos envolvendo bens imóveis sejam registrados e que, previamente ao registro, os títulos representativos de tais atos sejam examinados com o intuito de verificar se estão de acordo com o Direito, está realizando a administração pública de direitos privados que possuem especial importância. Nesse sentido são as lições de Marques⁴³, que, ao tratar do conceito de administração pública de direitos privados, afirma o seguinte:

O campo da denominada administração pública dos direitos privados, explorado amplamente por Zanobini, é consequência da necessidade que tem o Estado de intervir, embora acessoriamente, para regular, *hic et nunc*, relações dos indivíduos entre si. Há, pois, uma forma de intervenção *necessária*, que constitui uma limitação aos princípios de

⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...]. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁴² Segundo Di Pietro, “administração é a atividade do que não é senhor absoluto. Tanto na Administração Privada, como na Pública, há uma atividade dependente de uma vontade externa, individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade; vale dizer que toda atividade de administração deve ser útil ao interesse que o administrador deve satisfazer. No caso da Administração Pública, a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 49.

⁴³ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000. p. 97.

autonomia e liberdade, que caracterizam a vida jurídico-privada, limitação essa que se funda e baseia na interferência, e no perigo de eventuais contrastes, entre interesses privados e interesses públicos. [...]. No campo da autonomia, a interferência administrativa do Estado é excepcional e, quando ela se faz sentir, o princípio da liberdade dos sujeitos privados é submetido a um controle, extrínseco e intrínseco, atribuído aos órgãos particulares do Estado. A relação jurídica que os indivíduos pretendem então levar a efeito depende, para a sua existência, da intervenção do Estado. (grifo do autor).

Ao discorrer sobre os órgãos que exercem a administração pública de direitos privados, Marques, além de indicar os serviços notariais e os registros públicos, também atribui à jurisdição voluntária essa classificação, fazendo a distinção entre ambas nos seguintes termos⁴⁴:

As atividades dos órgãos de fé pública e dos departamentos destinados ao registro de atos e relações jurídicas não se incluem na jurisdição voluntária, e sim naquela categoria genérica de tutela administrativa que o Estado exerce sobre interesses privados. A jurisdição voluntária é apenas uma espécie dessa tutela administrativa, que das demais se distingue *ratione auctoritatis*, isto é, por estar atribuída a órgãos do Poder Judiciário. Assim, não há como confundir o ato do oficial de registro de imóveis que realiza um registro, com o do juiz que autoriza a venda em hasta pública de bens de menores: embora os dois atos estejam em função da tutela administrativa de interesses privados, o primeiro se realiza no foro extrajudicial e o segundo é praticado por um órgão do Poder Judiciário. (grifo do autor).

Pelo exposto, é imperioso reconhecer que o sistema registral brasileiro está alicerçado no interesse público de proteção à propriedade privada, que, em que pese seja classificada como direito fundamental individual⁴⁵, exerce papel relevante na ordem econômica e social⁴⁶, o que reflete na coletividade. Essa conclusão coloca em evidência o fato de que a intervenção nas relações privadas que envolvem a propriedade imobiliária, realizada pelo registro de imóveis, justifica-se, primariamente, no interesse público e, secundariamente, no privado, o que demanda

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000. p. 95.

⁴⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 339.

⁴⁶ Conforme Jardim, “a publicidade registral visa, por um lado, eliminar assimetrias de informação, garantir a segurança jurídica dos direitos, a proteção do tráfico, o fomento do crédito territorial assegurado mediante garantias reais e a agilização das transações imobiliárias e, por outro lado, evitar a usura e as fraudes, bem como os pleitos e conflitos sobre questões jurídico-imobiliárias. Para tal produz efeitos jurídicos substantivos sobre a situação publicitada”. JARDIM, Mônica. **Efeitos substantivos do registro predial: terceiros para efeitos de registro**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 45.

o enquadramento da atividade como serviço de titularidade do Estado⁴⁷, conforme será estudado no próximo subcapítulo.

2.2 Regime jurídico: o registro de imóveis como atividade jurídica do estado

A análise do regime jurídico do serviço de registro de imóveis tem como ponto de partida a norma do *caput* do artigo 236 da Constituição Federal, que assim estabelece: “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”⁴⁸. Embora sucinto, o dispositivo constitucional estabelece os contornos do regime jurídico aplicável à atividade: trata-se de serviço público, que será obrigatoriamente⁴⁹ exercido em caráter privado⁵⁰.

A opção do constituinte originário por adotar um sistema de registro imobiliário de titularidade do Poder Público⁵¹ mostra-se alinhada às finalidades do registro de imóveis e aos dispositivos da carta política que elencam a propriedade como direito

⁴⁷ Com o objetivo de indicar a existência de doutrina contrária à tese ora defendida, sem, contudo, antecipar o assunto que será tratado no próximo subcapítulo, entende-se importante referir, desde já, que alguns autores, com o objetivo de afastar o caráter de serviço público dos registros de imóveis e enquadrá-los como “corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado”, indicam o interesse privado, no plano dominial, como escopo primordial da atividade. Nesse sentido: DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 59, jan./jun. 1991.

⁴⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁴⁹ O artigo 32 do ADCT prevê exceção à obrigatoriedade da delegação nos seguintes termos: “O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵⁰ Sobre a aparente contradição (exercício privado de serviço público), Maffini destaca que “em análise mais detida da referida norma constitucional, percebe-se que a mesma não é portadora de nenhuma contradição. Ao contrário, trata-se de preceito constitucional portador de elogiável racionalidade jurídica. Tal racionalidade decorre do fato de que a atividade notarial e registral é função pública *lato sensu* que, justamente por isso, é de titularidade do Estado, que somente poderá – e, na espécie, deverá – ser desempenhada por particulares, terceiros em relação ao Estado, por meio de delegação. Daí a correta referência, contida no art. 236 da CF, no sentido de que se trata de atividade exercida *por delegação do Poder Público*. De outro lado, trata-se de atividade que, ainda que sujeita à fiscalização pelo Poder Judiciário, neste caso exercendo função estatal de administração pública, será desempenhada por conta e risco do seu delegatário. Daí a razão pela qual o art. 236 da CF estatuir que ‘os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado’”. MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 394, jul./dez. 2018.

⁵¹ MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 184, jul./dez. 2015. A propósito do termo “titularidade”, Maffini refere que “titularidade e prestação são duas realidades atinentes aos serviços públicos que devem ser analisadas distintamente. Uma coisa é a titularidade dos serviços públicos, a qual será invariavelmente da Administração Pública, outra é a sua prestação, que pode ser desenvolvida pela própria Administração Pública ou por terceiros”. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 188.

fundamental que deve ser garantido pelo Estado⁵². Ora, se a Constituição impõe ao Estado o dever de garantir à inviolabilidade do direito à propriedade, a realização de tal garantia depende de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a sua implementação⁵³.

Quanto à determinação de que o serviço seja obrigatoriamente delegado para ser exercido em caráter privado⁵⁴, o artigo 236 representa exceção à regra contida no *caput* do artigo 175 da Constituição Federal⁵⁵, que estabelece que a prestação do serviço público pode (faculdade do Estado) se dar de forma direta, através da administração pública direta ou indireta; ou indireta, por meio de uma das modalidades de delegação.

Também no que se refere ao regime jurídico de delegação dos serviços públicos, a atividade registral imobiliária foge à regra. Conforme prevê o artigo 175 da Constituição Federal, os serviços públicos são delegados sob regime de concessão ou permissão⁵⁶. As formas ordinárias de delegação de serviço público, além de serem facultativas, possuem regras que lhes são próprias, devendo decorrer de processo licitatório e ser formalizadas por contrato com prazo determinado⁵⁷. No caso do serviço registral imobiliário, a delegação é obrigatória⁵⁸, se dá por concurso público de provas e títulos, conforme estabelece o parágrafo

⁵² O contrário seria deixar a proteção do direito de propriedade para o setor privado, a exemplo do que ocorre em solo norte americano (pátria do liberalismo), e, em geral, nos países da *common law*, no qual as transações envolvendo bens imóveis são sempre acompanhadas por advogados e garantidas por seguradoras ligadas ao sistema bancário. Sobre o tema, e os problemas decorrentes do sistema norte americano, ver: GONZÁLEZ, Fernando Méndez; DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio. **Registro público de imóveis eletrônico: riscos e desafios**. São Paulo: Quinta editorial, 2012.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 113.

⁵⁴ O “caráter privado” está relacionado à gestão administrativa da serventia. RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2264.

⁵⁶ Segundo parte da doutrina, há, ainda, uma terceira espécie de delegação de serviço público, denominada de autorização. Conforme Maffini, a autorização se trata de instrumento delegacional exclusivo de serviços públicos federais (vide art. 21, XI e XII, da CF) e inexistente uma definição legal de autorização de serviço público, sendo necessário, para que se compreenda o conceito, analisar cada lei que regulamenta os serviços federais que prevê tal modalidade de delegação. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 191.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 692.

⁵⁸ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79. Sobre a obrigatoriedade da delegação da atividade para exercício em caráter privado, ver, também: BARROSO, Luís Roberto. **Invalidez de exercício direto pelo Estado dos serviços notariais e de registro**: interpretação conforme a Constituição do art. 1.361, §1º, do novo Código Civil. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/Barroso.htm>. Acesso em: 29 jan. 2020.

terceiro do artigo 236 da Constituição Federal, e gera vínculo institucional e vitalício do delegatário, pessoa física, com o Estado⁵⁹.

Trata-se, portanto, de forma de descentralização administrativa por delegação, pela qual o Poder Público conserva a titularidade do serviço e transfere sua execução a particulares⁶⁰. Importante referir, entretanto, que, ainda que a atividade tenha características próprias, que a diferencia dos modelos tradicionais de prestação de serviço público pelo Estado, tais diferenças não são suficientes para descaracterizar o registro de imóveis como órgão que presta serviço público, conforme se passa a analisar.

A doutrina administrativista⁶¹, reconhecendo a dificuldade de definir serviço público em razão das suas consideráveis transformações no decurso do tempo e da inexistência de uma definição contida no direito posto, costuma trabalhar os conceitos ora de forma mais ampla ora de forma mais restrita. As diferenças de amplitude dos conceitos, entretanto, não representam diferenças verdadeiras, mas sim dimensões da definição de serviço público⁶².

Na definição mais ampla, leva-se em consideração os fins do Estado, sendo considerado serviço público (em alguns casos também denominado pela doutrina de função pública⁶³) toda a atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins⁶⁴. Por sua vez, o conceito restrito confina o serviço público entre as atividades exercidas pela administração pública, dentre as quais não se incluem as funções legislativa e jurisdicional⁶⁵.

Em ambos os casos, são usados três elementos para a definição de serviço público: o material (o serviço deve satisfazer o interesse da coletividade e do próprio Estado); o subjetivo (o serviço deve ser de titularidade do Estado, que poderá prestá-lo diretamente ou por particulares, em regime de delegação); e o formal (o serviço público deve ser qualificado como tal pelo ordenamento jurídico e deve ser executado de acordo com o procedimento de direito público)⁶⁶. Analisando o registro

⁵⁹ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264.

⁶⁰ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

⁶¹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

⁶² MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 181.

⁶³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 149. Segundo o autor, “não se pode confundir função pública, atividade jurídica do Estado, com serviço público, prestação material de coisa e comodidade”.

⁶⁴ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103.

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

de imóveis a partir desses três elementos, constata-se que a atividade, de fato, qualifica-se como serviço público, ainda que em sentido amplo.

Quanto ao aspecto subjetivo, a titularidade do serviço é do Estado⁶⁷ (administração pública de direitos privados), mesmo que seja exercido de forma indireta, em regime de delegação. Analisando o serviço a partir do aspecto formal, a qualificação do registro de imóveis como serviço público é realizada pela própria Constituição Federal, ao indicar que o serviço é delegado pelo Poder Público. Além disso, o procedimento para a execução do serviço atribuído ao registro de imóveis segue regras de direito público⁶⁸, sendo permitido ao delegatário praticar apenas os atos previstos em lei (art. 12 da Lei nº 8.935/94).

Por fim, no que se refere ao aspecto material, as finalidades do registro de imóveis, tratadas no subcapítulo anterior, por estarem alicerçadas na proteção da propriedade imobiliária e das relações sociais a ela relacionadas, são destinadas a satisfazer o interesse da coletividade, especialmente no que se refere à garantia de segurança jurídica, e do próprio Estado, a quem a Constituição impôs o dever de garantir a inviolabilidade do direito de propriedade.

Ao analisar as características dos serviços notariais e de registro, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se trata de função revestida de estatalidade, sujeitando-se, assim, ao regime de direito público, conforme se verifica na ementa abaixo parcialmente transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. - A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada 'em caráter privado, por delegação do poder público' (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. - As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas 'a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos' (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 198, jul./dez. 1999.

⁶⁸ MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 397, jul./dez. 2018.

agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência. [...]. (grifo nosso).⁶⁹

Verifica-se, pois, que não restam dúvidas quando ao caráter público do serviço de registro de imóveis, seja em razão das suas finalidades, seja pelo tratamento que recebeu do Poder Legislativo. Entretanto, segundo alguns autores, tal caracterização pode representar riscos à independência jurídica do registrador imobiliário, o que refletiria diretamente na qualificação registral. Ao criticar o art. 1º da Lei nº 8.935/94⁷⁰, Dip afirma que, por indicar o caráter técnico e administrativo do serviço, a citada norma “traz ínsita a negativa de independência jurídica do registrador imobiliário”. Segundo o autor⁷¹,

o técnico no direito não decide, faz; não age, fabrica; não interpreta, executa; não é livre, cumpre ordens; é o soldado que cumpre sua lei, assim o disse Radbruch: ‘ordens são ordens’; não atua com liberdade jurídica, porque, ao fundo, está sujeito ao ilícito da hermenêutica: ou pensa como pensam seus maiores, ou... eis aí a falta pronta grave!

Dip complementa a sua crítica alertando para o perigo do que chamou de indevida “administrativização (*rectiu*: estatalização) do exercício das funções registrais”⁷². Segundo o autor, conforme bem resumiu Ribeiro⁷³,

uma indevida administrativização dos serviços notariais e registrais poderia resultar a perda da autônoma e independência jurídicas destes tradicionais artífices da gestão pública dos interesses privados, para enclausurar sua atuação a peias mecânicas e padronizadas de um ‘funcionismo estatocêntrico’ de cunho ideológico, associado a um ‘ptolomeísmo regulativo’ destinado a restringir a gestão privada das notas e registros mediante

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.378 – Espírito Santo - Medida cautelar (ADI 1378 MC / ES)**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Espírito Santo; Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Celso de Mello, pelo Tribunal Pleno, 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁷⁰ Art. 1º. Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁷¹ DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 56, p. 134, jan./jun. 2004.

⁷² DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 64, jan./jun. 1991.

⁷³ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

regulamentos extralegislativos muitas vezes concorrentes, de fato, com a reserva constitucional de competência legislativa, e a prevalência de objetivos de segurança dinâmica, ao gosto das concepções neoliberais em detrimento da segurança estática.

Dip está correto ao chamar a atenção para o problema dos atos normativos editados pelos órgãos fiscalizadores da atividade, ponto que será retomado no quarto capítulo deste estudo, bem como para o fato de que, a fim bem cumprir as finalidades do serviço, o oficial de registro deve ter independência e autonomia no exercício das suas atribuições. Contudo, entende-se que a crítica acima referida parte de uma compreensão incompleta da extensão da atividade registral como serviço público. É que, embora não restem dúvidas quanto ao caráter público do registro de imóveis, o serviço prestado vai além da manifestação material (não jurídica) da função administrativa (esse seria o caso se o sistema registral brasileiro fosse o do registro de documentos, em vez de ser o do registro de direitos).

Os delegatários exercem, de fato, funções técnicas, de escrituração, guarda e conservação dos livros de registro (e.g.: arts. 3º e seg. da Lei 6.015/73 e art. 30, I, da Lei 8.935/94), e administrativas, relacionadas à gestão privada da serventia (art. 20 da Lei nº 8.935/94). Entretanto, conforme ficou evidenciando no subcapítulo anterior, as finalidades do registro de imóveis, bem como o sistema registral adotado pelo Brasil conferem atribuições substantivas ao serviço, colocando-o entre as atividades jurídicas do Estado⁷⁴. Esse entendimento já foi firmado no Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai da ementa abaixo parcialmente transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...]. II - 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 CF 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 SP; d)

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 198, jul./dez. 1999.

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 P. Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que 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 inter-partes, 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 extra-forenses 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. [...]. (grifo nosso).⁷⁵.

Conforme se verifica da ementa, tanto o Poder Judiciário quanto os Registros Públicos marcam “a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes”. A diferença entre ambas está no modo usual de atuação, que, no caso do Poder Judiciário, se dá “sob o signo da contenciosidade” e, no âmbito dos Registros Públicos, “o invariável modo de atuação não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito”⁷⁶.

Assim, a definição do serviço registral imobiliário como atividade jurídica⁷⁷ é a característica que distingue o serviço das demais funções administrativas do Estado⁷⁸, bem como confere ao delegatário independência e autonomia para o exercício das suas atribuições. Nesse contexto, ao praticar os atos próprios do

⁷⁵ BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3151 MT)**. Partes: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR, Antônio Carlos Mendes e outros; Governador do Estado de Mato Grosso; Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso; Roberto Quiroga Mosquera e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 8 de Junho de 2005. No mesmo sentido, ver: ADI 3089 e ADI 2415.

⁷⁶ Sobre as semelhanças entre as atividades judicial e registral, no que se refere à qualificação registral, ver: DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 46, jan./jun. 1992. DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 42, p. 9, set./dez. 1997.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2264.

⁷⁸ Essa é uma das características da atividade que leva a doutrina a enquadrá-la no conceito amplo de serviço público. Sobre o tema, ver RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

serviço, especialmente a qualificação registral, o oficial atua sem a interferência de qualquer órgão da administração pública, ficando limitado apenas ao Direito⁷⁹.

Em razão do exposto, entende-se que a caracterização (autêntica) do registro de imóveis como atividade (jurídica) de titularidade do Estado não representa risco às liberdades do delegatário no exercício das suas atribuições, nos termos da crítica lançada por Dip. Tanto é assim que a independência jurídica e a autonomia administrativa do delegatário para o exercício das suas atribuições foram garantidas no art. 28 da Lei nº 8.935/94. E a liberdade de atuação do registrador imobiliário, no que se refere à qualificação registral, atividade-fim do delegatário e através da qual as finalidades do serviço são atingidas, é a compreensão possível de se alcançar com a regra estampada no artigo 198 da Lei nº 6.015/73, que impõe ao oficial o dever de indicar as exigências a serem satisfeitas para o registro dos títulos⁸⁰.

Para finalizar a análise da crítica de Dip à denominada “tendência administrativista” do registro de imóveis, como risco à independência e autonomia do registrador imobiliário, cumpre tecer alguns comentários sobre outros argumentos de fundo utilizados pelo autor. Em artigo intitulado “Sobre a qualificação no registro de imóveis”⁸¹, publicado antes da edição da Lei nº 8.935/94, Dip denunciou que os “motivos de forte vocação administrativa do registro emergem, no Brasil, em parte, de algumas tendências filosófica e ideológica de moda, e, em outra parte, de certas inclinações conjunturais”.

Dentre os componentes filosóficos e ideológicos, Dip⁸² destaca, respectivamente, “a concepção nominalista do conhecimento, com particular saliência do agnosticismo do justo”, o que levaria ao subjetivismo do julgador, na medida em que, na “tendência administrativista”, o justo seria incognoscível; e o problema da estatização do serviço. Por sua vez, as “inclinações conjunturais”

⁷⁹ Cabe referir que os usuários do serviço, sempre que não se conformarem com as decisões proferidas pelos oficiais de registro, poderão, conforme estabelecem os artigos 198 e seg. da Lei nº 6.015/73, submetê-las à revisão pelo Poder Judiciário, em procedimento administrativo (art. 204) denominado de suscitação de dúvida. Contudo, a revisão da decisão do registrador no referido procedimento não vincula o oficial para futuras decisões em casos análogos e, tampouco, é considerada infração disciplinar. Nesse sentido: SÃO PAULO. **CGJSP - Recurso Administrativo: 0024525-47.2017.8.26.0100**. Relator: Geraldo Francisco Pinheiro Franco, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/divorcio-partilha-escritura-emolumentos-base-de-calculo-meacao-qualificacao-registral-dolo-ou-culpa.html>. Acesso em: 03 maio 2020.

⁸⁰ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

⁸¹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 47, jan./jun. 1992.

⁸² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 47, jan./jun. 1992.

estariam, sobretudo, “na ausência de uma comunidade científica que, à altura das necessidades presentes, fundasse de modo idôneo a autonomia dos diferentes segmentos do direito registral (em particular, o direito registral imobiliário)”⁸³, omissão que induziria a uma “ocupação de espaço pelo direito administrativo”, o que, somado ao problema da regulamentação do artigo 236 da Constituição Federal, poderia levar a atividade a um controle hierárquico que retiraria a independência do registrador.

No que se refere ao que o autor chamou de “inclinações conjunturais”, parte dos problemas levantados foram resolvidos com a regulamentação do artigo 236 da Constituição Federal pela Lei nº 8.935/94 (o artigo ora comentado foi publicado antes da edição da referida lei). O reconhecimento da autonomia e independência, administrativa e jurídica (art. 28), dos oficiais no exercício das suas funções, afastou o risco do controle hierárquico da atividade, seja pelo Poder Executivo, que possui unicamente a função de delegar o serviço, seja pelo Poder Judiciário, cuja função fiscalizadora limita-se a verificar as regularidades formais do serviço, sem qualquer interferência na principal atribuição dos oficiais de registro: a qualificação registral.

Por seu turno, o problema da ausência de uma comunidade científica voltada ao estudo dos serviços notariais e registrais vem sendo mitigado ao longo dos anos, muito em razão da sistemática realização de concursos públicos para o ingresso na atividade, que, ainda que seja passível de críticas em relação ao modelo que vem sendo utilizado⁸⁴, tem contribuído para o aprimoramento dos delegatários e, conseqüentemente, para a formação de uma comunidade acadêmica voltada ao estudo de tais atividades. Entretanto, a existência de uma comunidade científica voltada ao estudo do direito registral não é suficiente para afastar o enquadramento da atividade como serviço público, pois tal enquadramento, como já foi dito, decorre da Constituição. Assim, entende-se que esse argumento não se presta a afastar a estrutura da atividade registral do direito administrativo, conforme pretende Dip. O que, entretanto, parece adequado, sendo, inclusive, um dos objetivos deste estudo, é identificar, a partir das características do serviço registral imobiliário, o regime jurídico a ele aplicável, que, analisado de forma correta (reconhecimento do serviço como atividade jurídica do Estado), terá reflexos em todas as atribuições do oficial

⁸³ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 47, jan./jun. 1992.

⁸⁴ Sobre a necessidade de revisão/reformulação do ensino jurídico e a forma como os concursos públicos retroalimentam o deficitário processo de formação dos juristas, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 63.

de registro, especialmente no reconhecimento da sua independência jurídica ao realizar a qualificação registral e no seu dever de seguir parâmetros de legalidade, capazes de privilegiar a segurança jurídica, inclusive no sentido de uma prestação de serviço equânime a todo e qualquer cidadão.

Quanto ao componente ideológico destacado por Dip, que traz a tona o problema da estatização da atividade, a blindagem ao regime da delegação para que o serviço seja exercido em caráter privado – que protege o sistema registral de direcionamentos políticos, garantindo a independência e a atuação imparcial e eficiente do oficial –, está no melhor lugar que poderia estar: a Constituição Federal. Contudo, caso o constituinte opte por indicar que o serviço será praticado diretamente pelo Estado, como, aliás, ocorre em alguns países, não será o fato de não reconhecer a atividade como serviço público que o impedirá, na medida em que se trata de opção política.

Como nota final ao debate, também não parece adequado atribuir o problema do subjetivismo do registrador no exercer às suas funções ao alinhamento da atividade à “tendência administrativista”⁸⁵. O problema da aplicação do Direito pelo delegatário no momento da qualificação registral, que remete ao componente filosófico referido por Dip, é o tema central deste estudo e será abordado de forma aprofundada no quarto capítulo. Contudo, sem adiantar a discussão, entende-se importante alertar, desde já, que – como profissional que exerce atividade jurídica (art. 3º da Lei nº 8.935/94) de titularidade do Estado, com independência e autonomia, – o oficial atuará de acordo com o Direito, e isso quer dizer que, ao realizar as suas atribuições, deve estar voltado à consecução das finalidades/intencionalidades do serviço⁸⁶ de registro de imóveis que estão estampadas no ordenamento jurídico, motivo pelo qual este estudo foi estruturado a

⁸⁵ Mesmo após a edição da Lei 8.935/94, Dip volta a relacionar o subjetivismo do registrador ao exercer as suas funções à “tendência administrativista”. Nesse sentido, ver: DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 56, p. 131, jan./jun. 2004.

⁸⁶ Nesse momento, pelo que já foi estudado, é possível contestar a afirmação de Dip de que “[...] o objeto conceitual de ‘serviço’ parece retomar, *quodammodo*, à etimologia, anquilosada já, de *servitium*, *servitii*, traduzindo a ideia de estado de *servus*, condição de escravo, com ânimo servil – com *serviles índoles* –, o ânimo do *famulatus*: o notário e o registrador correspondem já ao conceito de *servi publici*, destituídos, com oscilante maior ou menor graduação, de sua independência ou liberdade jurídica, para pôr-se sob a disposição do poder delegante [...]”. DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 56, p. 132, jan./jun. 2004. Ao contrário de Dip, entende-se que o objeto conceitual de “serviço” não deve estar lastreado na relação do registrador com o Estado delegante, mas sim com as pessoas que levam os seus títulos para registro (os usuários do serviço), para quem os delegatários prestam o serviço público.

partir da compreensão (autêntica) das características da atividade. Tal entendimento permitirá identificar, na sequência deste estudo, que a independência jurídica do registrador ao realizar a qualificação registral não lhe dá carta branca para interpretar/decidir de forma discricionária, pois toda a sua atividade será voltada, e, também, limitada, às finalidades, ao regime jurídico, ao processo de registro e aos atos atribuídos ao registro de imóveis, o que, de modo algum, pode ser considerado restrição às liberdades do delegatário no exercício das suas atribuições.

Analizados os contornos do regime jurídico aplicável ao registro de imóveis, delineados, principalmente, no *caput* do artigo 236 da Constituição, passa-se ao estudo das demais características do regime, que tem como base a lei infraconstitucional. É que o constituinte originário, nos parágrafos do artigo 236, optou por outorgar ao legislador ordinário a competência para regular a atividade, disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos oficiais de registro e de seus prepostos, bem como definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário e estabelecer normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelo delegatário da serventia.

Cumprindo o mandamento constitucional, o legislador editou a Lei nº 8.935/94, disciplinando a natureza e os fins da atividade, as atribuições e competências, o ingresso no serviço, a contratação de prepostos, a responsabilidade civil e criminal, as incompatibilidades e dos impedimentos, os direitos e deveres, as infrações disciplinares e as penalidades, a fiscalização pelo poder judiciário, a extinção da delegação, a seguridade social, bem como estabeleceu disposições gerais relativas à organização dos serviços.

Ao estudar o regramento contido na citada lei, verifica-se que o legislador criou um regime jurídico próprio para os notários e registradores⁸⁷, não sendo aplicáveis a

⁸⁷ A tentativa de alguns autores de buscar em outros regimes jurídicos administrativos espaço para o enquadramento dos notários e registradores, em que pese seja resultado do hibridismo característico do serviço, não se mostra adequada diante das especificidades da atividade. Da mesma forma, entende-se desarrazoado o esforço doutrinário em tentar classificar as normas que regem a atividade como segmento do direito público ou do direito privado (DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 53, jan./jun. 1991). Essas sistematizações do Direito tem um elogiável caráter didático, mas não passa disso (sobre a ruptura com o paradigma clássico da distinção, ver: (GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 270). No caso do registro de imóveis, a estrutura e as finalidades do serviço, conforme vem sendo afirmado no decorrer deste estudo, são norteadas por normas que visam o interesse público. Contudo, ao proceder a qualificação dos títulos apresentados para registro, o delegatário, no exercício da administração pública de direitos privados, deve conhecer todas as

tais profissionais, conforme já foi dito, as regras gerais dos regimes ordinários de delegação de serviço público, tampouco o regime jurídico dos servidores públicos⁸⁸. São características gerais do regime jurídico, que diferenciam o delegatário dos demais agentes públicos e criam um estatuto⁸⁹ próprio para a atividade:

a) Conforme prevê o artigo 22, os delegatários são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. Ao contrário do que ocorre com os agentes públicos em geral, cuja responsabilidade pelos atos que praticam é do Estado (art. 37, §6º, da CF), a responsabilidade civil dos delegatários é pessoal, não lhes sendo aplicável a tese da dupla garantia⁹⁰.

Entretanto, por se tratar de serviço público, o Estado também pode ser demandado diretamente, conforme tese recentemente fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o recurso extraordinário nº 842.846, cabendo ao usuário prejudicado pela má prestação do serviço optar contra quem irá propor a ação. Por abordar diversos aspectos do regime jurídico dos serviços registrares e notariais, entende-se oportuno transcrever a ementa do julgado:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DANO MATERIAL. ATOS E OMISSÕES DANOSAS DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES. TEMA 777. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DELEGATÁRIO E DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ART. 236, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA. POSSIBILIDADE. 1. Os serviços

normas jurídicas aplicáveis às relações que envolvem bens imóveis, sejam elas classificadas como de direito privado, sejam classificadas como de direito público.

⁸⁸ MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 181, jul./dez. 2015.

⁸⁹ A expressão é usada por diversos autores que tratam da Lei nº 8.935/94. Cita-se como exemplo: DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 56, p. 127, jan./jun. 2004.

⁹⁰ Pela tese da dupla garantia, se uma pessoa sofre dano causado por servidor público, essa pessoa (vítima) somente poderá ajuizar a ação contra o Estado (Poder Público). Se este for condenado, irá acionar o servidor que causou o dano, em caso de dolo ou culpa. Em outras palavras, o ofendido não poderá propor a demanda diretamente contra o agente público. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 790.

notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. **Tabeliães e registradores oficiais são particulares em colaboração com o poder público que exercem suas atividades in nomine do Estado, com lastro em delegação prescrita expressamente no tecido constitucional (art. 236, CRFB/88).** 2. Os tabeliães e registradores oficiais exercem função munida de fé pública, que destina-se a conferir autenticidade, publicidade, segurança e eficácia às declarações de vontade. 3. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público e os atos de seus agentes estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, consoante expressa determinação constitucional (art. 236, CRFB/88). **Por exercerem um feixe de competências estatais, os titulares de serventias extrajudiciais qualificam-se como agentes públicos.** 4. O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Precedentes: RE 209.354 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJe de 16/4/1999; RE 518.894 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe de 22/9/2011; RE 551.156 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 10/3/2009; AI 846.317 AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 28/11/13 e RE 788.009 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014. **5. Os serviços notariais e de registro, mercê de exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, CF/88), não se submetem à disciplina que rege as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.** É que esta alternativa interpretativa, além de inobservar a sistemática da aplicabilidade das normas constitucionais, contraria a literalidade do texto da Carta da República, conforme a dicção do art. 37, § 6º, que se refere a 'pessoas jurídicas' prestadoras de serviços públicos, ao passo que **notários e tabeliães respondem civilmente enquanto pessoas naturais delegatárias de serviço público, consoante disposto no art. 22 da Lei nº 8.935/94.** 6. A própria constituição determina que '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' (art. 236, CRFB/88), não competindo a esta Corte realizar uma interpretação analógica e extensiva, a fim de equiparar o regime jurídico da responsabilidade civil de notários e registradores oficiais ao das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º, CRFB/88). 7. A responsabilização objetiva depende de expressa previsão normativa e não admite interpretação extensiva ou ampliativa, posto regra excepcional, impassível de presunção. **8. A Lei 8.935/94 regulamenta o art. 236 da Constituição Federal e fixa o estatuto dos serviços notariais e de registro,** predicando no seu art. 22 que 'os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016)', o que configura inequívoca responsabilidade civil subjetiva dos notários e oficiais de registro, legalmente assentada. 9. O art. 28 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) contém comando expresso quanto à

responsabilidade subjetiva de oficiais de registro, bem como o art. 38 da Lei 9.492/97, que fixa a responsabilidade subjetiva dos Tabeliães de Protesto de Títulos por seus próprios atos e os de seus prepostos. 10. Deveras, a atividade dos registradores de protesto é análoga à dos notários e demais registradores, inexistindo *discrimen* que autorize tratamento diferenciado para somente uma determinada atividade da classe notarial. **11. Repercussão geral constitucional que assenta a tese objetiva de que: o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.** 12. *In casu*, tratando-se de dano causado por registrador oficial no exercício de sua função, incide a responsabilidade objetiva do Estado de Santa Catarina, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. 13. Recurso extraordinário CONHECIDO e DESPROVIDO para reconhecer que o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. **TESE: ‘O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa’.** (grifo do autor).⁹¹

b) Segundo dispõe o artigo 28, os delegatários gozam de independência jurídica e autonomia administrativa⁹², não havendo submissão hierárquica⁹³ e nem direcionamentos políticos, o que, conseqüentemente, permite que o registrador atue

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 842.846 Santa Catarina**. Recorrentes: Estado de Santa Catarina. Recorridos: Sebastião Vargas. Am. Curiae. :Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG-BR; Instituto de Estudos e Protesto de Títulos do Brasil – IEPTB; Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal Relator: Min. Luiz Fux, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75050> 45 07. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁹² Conforme destaca Ribeiro, “o planejamento e a montagem das instalações físicas da unidade de serviço (cartório), a organização e distribuição interna de atribuições e obrigações, a aquisição ou locação de bens, os equipamentos e serviços, a contratação de prepostos, cuja relação de emprego, regida pela CLT, tem a pessoa natural do titular da delegação na condição de empregador, em suma, as relações do delegado com terceiros, ou seja, tudo que compõe sua atividade privada se desenvolve, em regra, segundo as normas do direito privado. Essas relações comerciais, patrimoniais e trabalhistas, enquanto preparatórias e instrumentais para a atividade-fim de prestação de serviço público, não estão, em princípio, sujeitas a regulação estatal”. Por óbvio, sendo serviço público, o Estado poderá atuar na verificação e determinação do cumprimento pelo titular do necessário para a satisfação do interesse público e o atendimento dos princípios pertinentes à execução do serviço (e.g. art. 30 da Lei 8.935/94). RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104. No mesmo sentido, MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 395, jul./dez. 2018.

⁹³ GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza jurídica dos órgãos notarial e registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 121, jul./dez. 2015.

de forma imparcial quando submetido a eventuais conflitos de interesses ao exercer às suas atribuições. Essas características do regime jurídico decorrem da responsabilidade pessoal do delegatário, mas, sobretudo, conforme já foi dito, do caráter jurídico do serviço e da finalidade de proteção da propriedade privada, inclusive em relação aos agentes políticos do próprio Estado, o que reforça a necessidade de manutenção do caráter privado do exercício da atividade.

c) O citado artigo 28 também prevê o direito do delegatário à percepção integral dos emolumentos⁹⁴, a título de remuneração. Essa característica é similar à remuneração das formas tradicionais de delegação do serviço público⁹⁵. O valor dos emolumentos, espécie de taxa pela prestação do serviço público, é fixado por lei, sendo de responsabilidade do delegatário, e não do Estado, o custeio do serviço⁹⁶.

d) Conforme estabelece o artigo 39, II, o delegatário só está sujeito à aposentaria facultativa, não lhes sendo aplicável, portanto, a aposentadoria compulsória, prevista no artigo 40, §1º, II, da Constituição Federal⁹⁷. Tal característica indica a vitaliciedade da delegação⁹⁸.

e) Nos termos dos artigos 37 e 38, os atos praticados pelo delegatário serão fiscalizados pelo Poder Judiciário⁹⁹ (e não por órgão do Poder Executivo), no

⁹⁴ Conforme entendimento firmado pelo STF ao julgar a ADI 3151, os emolumentos são espécie de taxa pela prestação de serviço público, ficando, portanto, adstritos ao regime jurídico de direito tributário. Seguindo os ditames da Lei Federal nº 10.169/2000, que foi editada a fim de atender ao disposto no §2º do artigo 236 da CRF, o Rio Grande do Sul editou a Lei nº 12.692/2006, fixando o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro no Estado.

⁹⁵ MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 181, jul./dez. 2015.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 209, jul./dez. 1999.

⁹⁷ Nesse sentido destaca-se o precedente do STF, contido na ADI 2602, em decisão assim ementada: Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento 055/2001 do corregedor-geral de justiça do estado de Minas Gerais. Notários e registradores, Regime jurídico dos servidores públicos. Inaplicabilidade. EC 20/1998. Exercício de atividade em caráter privado *pro* delegação do poder público. Inaplicabilidade da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Inconstitucionalidade. 1. O art. 40, § 1º, II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não privativo. 3. Os notários e registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhe alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

⁹⁸ Dentre os que defendem a necessidade de alteração da lei para limitar o tempo de delegação encontra-se RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

⁹⁹ A imposição constitucional de fiscalização do serviço não decorre apenas do fato de o exercício da atividade, que é de titularidade do Estado, se dar em caráter privado. A regulação do serviço

exercício atípico de suas funções¹⁰⁰, em virtude do caráter jurídico das suas atribuições.

Pelo exposto, é possível concluir que o regime jurídico aplicável à atividade registral imobiliária possui características que o diferenciam das formas tradicionais de prestação de serviços públicos próprios da administração pública, seja do ponto de vista subjetivo (a posição de quem exerce a função), seja do ponto de vista objetivo (matéria sobre a qual versa). O serviço público prestado no registro de imóveis possui caráter jurídico, e é realizado pelo delegatário de forma autônoma e independente e com o objetivo de outorgar segurança às relações sociais que envolvem bens imóveis.

Tais diferenças, entretanto, não desqualificam a atividade como serviço público de titularidade do Estado, ainda que não esteja ligado à administração pública, como, ao contrário, sustentam alguns autores¹⁰¹, que atribuem ao registro de imóveis a condição de “instituição da comunidade”. Antes de avançar ao próximo subcapítulo, se faz necessário refutar essa tese, pois abre as portas do registro de imóveis para a atuação discricionária do delegatário.

O argumento central utilizado pelos defensores da referida tese está baseado nas especificidades que conferem singularidade ao regime jurídico dos registradores, bem como na redação do *caput* do artigo 236 da Constituição Federal. Segundo sustenta Erpen, o isolamento do dispositivo constitucional em relação aos títulos que tratam dos órgãos do Poder Público “dá a clara ideia de que passaram os

público decorre do próprio viés intervencionista da Constituição de 1988. Nesse sentido, Maffini destaca que, “na atualidade, mostra-se descabido compreender o Direito Administrativo de modo desatrelado ao conceito de regulação. Vivencia-se, incontrovertidamente, um Estado Regulador, que para algumas vozes abalizadas seria um corolário da Constituição de 1998, marcada por ser ‘extremamente detalhada e ‘inovadora’ no que se refere aos direitos fundamentais, mais ainda com forte viés intervencionista”. MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 183, jul./dez. 2015. Cabe referir, entretanto, que a função fiscalizadora do órgão correccional limita-se a verificar as regularidades formais do serviço (e.g.: respeito aos horários mínimos de atendimento ao público; correta escrituração e conservação dos livros; correta cobrança dos emolumentos; urbanidade e presteza no trato com os usuários do serviço *etc.*), sem qualquer interferência na principal atribuição dos oficiais de registro: a qualificação registral. DIP, Ricardo Henry Marques. **Direito administrativo registral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

¹⁰⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

¹⁰¹ Pode-se citar como exemplo: ERPEN, Décio Antônio. A atividade notarial e registral: uma organização pré-jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 35/36, p. 37, jan./dez. 1995.

Serviços Notariais e Registrais a ser tratados como *Instituições da Comunidade*, e não mais como órgão do Poder, em qualquer das suas modalidades”¹⁰².

Na condição de instituições da comunidade, os serviços seriam “verdadeiro corpo social, não-efêmero, advindo, não de ato administrativo ou da vontade política do governante, mas sim, de um fenômeno sociojurídico, institucionalizado pela interação social, objetivando a segurança nas relações dos indivíduos em sociedade”¹⁰³. Nessa perspectiva, os serviços notariais e registrais seriam classificados como instituições autônomas em relação ao Estado – cuja característica fundamental residiria na circunstância de os serviços serem instituições da comunidade e não do governo – e os atos praticados pelos registradores seriam atos tipicamente de direito material, de cidadania, e não atos administrativos¹⁰⁴.

Na mesma linha, Dip, em texto recente¹⁰⁵, também qualifica o serviço registral imobiliário como “função da comunidade”, complementando a crítica que faz ao enquadramento da atividade como serviço público. Segundo o autor, como o saber especial do registrador é reconhecido pela comunidade, a sua função torna-se espontaneamente função dessa comunidade. “Sua existência justifica-se pela história e pela presencialidade de sua destreza jurídica e de sua idoneidade moral. Sua legitimidade resulta da reconhecimento de seu saber pela própria comunidade”.¹⁰⁶

Quanto à delegação, prevista no artigo 236 da Constituição Federal, Dip afirma que o que o Estado delega é a fé pública e que “a consideração do registro como serviço público assenta no seu caráter *social* e na sua teleologia (ou entelúquia) de segurança jurídica, que não se passa, em definitiva, num âmbito de somatórios individuais”¹⁰⁷. Nesse sentido, o registro de imóveis seria um “corpo intermediário”

¹⁰² ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para a aposentadoria compulsória dos notários e registradores. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 104, jul./dez. 1999.

¹⁰³ ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para a aposentadoria compulsória dos notários e registradores. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 105, jul./dez. 1999.

¹⁰⁴ ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para a aposentadoria compulsória dos notários e registradores. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 105, jul./dez. 1999.

¹⁰⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 418, jul./dez. 2018.

¹⁰⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 418, jul./dez. 2018.

¹⁰⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 50, jan./jun. 1992.

entre o serviço público e o serviço privado¹⁰⁸, com autonomia preservada diante do poder do Estado¹⁰⁹.

Entretanto, ainda que o autor afirme que não há incompatibilidade entre a “natureza institucional” dos registros públicos e a norma constitucional¹¹⁰, e que “uma compreensão temperada da norma do art. 236, Constituição Federal do Brasil, que lhe recuse os limites das conotações anfíbológicas que sua literalidade permite, mostra que o legislador constituinte esposou, com o binômio serviço público – prestação privada, a ideia de uma instituição *social*”¹¹¹, entende-se que tal interpretação, a partir do que já foi afirmado neste estudo (*secundum quid* e não *simpliciter*, conforme exige Dip¹¹²), não passa de uma atribuição de sentido ao texto que se mostra incompatível com as finalidades do registro de imóveis e, especialmente, com a nova linguagem na qual a Constituição Federal de 1988 está mergulhada, acabando por se revelar um caso típico de solipsismo, que, em razão dos paradigmas filosóficos sobre os quais está assentada (que serão analisados no quarto capítulo deste trabalho), se faz constantemente presente na teoria do registro de imóveis desenvolvida por Dip.

Ademais, sustentar que a legitimidade das decisões do registrador não decorre da sua condição de prestador de serviço público, mas resulta da reconhecimento de seu saber pela comunidade, importa em renunciar as garantias advindas da formação do Estado moderno. Isso porque, naquela perspectiva, procede-se uma espécie de retorno à sociedade medieval, em que o detentor da decisão jurídica, na condição de órgão livre da sociedade, possuía liberdade de escolha na determinação da norma jurídica a aplicar (regras dos costumes, regras elaboradas pelos juristas, critérios equitativos, princípios da razão natural etc)¹¹³, o que, obviamente, não se compatibiliza com o que se espera do fenômeno jurídico, especialmente na era do

¹⁰⁸ Em obra publicada em 2010, Dip admite que “ainda que, postas à margem possíveis imbricações destes aspectos, se considere o registro público instituição, órgão, organismo de publicidade, função ou ato, é certo 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”. DIP, Ricardo Henry Marques. **Direito administrativo registral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

¹⁰⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 59, jan./jun. 1991.

¹¹⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 419, jul./dez. 2018.

¹¹¹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 51, jan./jun. 1992. p

¹¹² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 418, jul./dez. 2018.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 28.

Estado Democrático de Direito¹¹⁴, em que as arbitrariedades praticadas pelo *Leviatã*¹¹⁵ são (podem/devem ser) controladas por mecanismos criados pelo constitucionalismo moderno, no interior do qual busca-se o fortalecimento da autonomia do Direito frente à política¹¹⁶. Nesse paradigma, conforme destaca Streck¹¹⁷, a interpretação/aplicação do Direito “se faz *ex parte principio* (constitucional), e não *ex parte príncipe* (aqui entendido como o sujeito solipsista)”, não havendo, portanto, espaço para discricionariedades, assunto que será retomado nos próximos capítulos quando se demonstrará que as decisões jurídicas dos registradores também devem respeitar a autonomia conquistada pelo Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.

Assim, seja porque o artigo 236 da Constituição Federal prevê a delegação dos serviços pelo Poder Público, que, por óbvio, só pode delegar o que é de sua

¹¹⁴ Com Canotilho, vale lembrar que, “ao ‘decidir’ por um estado de direito, a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”, compreendido como “*meio de organização* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e forma* da vida coletiva (K. Hesse)”. Ainda segundo o autor, “o estado de direito é uma forma de estado de distância (Kloepfer), porque garante os indivíduos perante o Estado e os outros indivíduos”, bem como é um estado constitucional, pois “pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”. CANOTILHOS, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 243-246.

¹¹⁵ As arbitrariedades aqui referidas estão relacionadas às causas que levaram ao surgimento do Estado *Leviatã* como “uma organização política produzida pela razão e constituída de acordo com a vontade dos homens amedrontados pela violência” decorrente da instabilidade social causada pela decadência do feudalismo, problema que levou à necessidade de imposição do poder político para a superação da referida instabilidade, mas, na sequência, culminou na extrapolação do poder pelos seus detentores, bem como na constatação, pelos revolucionários, de que as funções legislativas, executiva e judiciária não poderiam continuar concentradas em uma só pessoa ou instituição. Para aprofundar esse tema, que foge dos objetivos desta pesquisa, ver: LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29-37.

¹¹⁶ Consoante expõe Lima, “o constitucionalismo moderno surgiu como uma técnica de limitação do poder estatal e de proteção das liberdades contra arbitrariedades praticadas no âmbito da política”, sendo nesse contexto, ou seja, da necessidade de controlar o poder político, que o Direito paulatinamente foi ganhando autonomia. LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25-26.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 95. Livro eletrônico.

titularidade¹¹⁸, seja pelo fato de que as finalidades da atividade só podem ser alcançadas se os atos praticados pelos delegatários tiverem os atributos inerentes aos atos administrativos, conforme será tratado no próximo subcapítulo, não é possível identificar amparo para as teses de Erpen e Dip tanto no artigo 236 da Constituição Federal quando na lei que o regulamentou. Além disso, entende-se que essa proposta, na medida em que classifica o serviço como instituição autônoma, desvinculada do Poder Público, abre as portas para que o delegatário atue sem parâmetros, de forma discricionária, ao avaliar se pratica ou não o ato, já que as suas decisões não seriam legitimadas pelo caráter institucional e político que as reveste, o que, como será demonstrado no decorrer deste estudo, é completamente antidemocrático.

2.3 O ato do delegatário como ato administrativo: enquadramento necessário para que as finalidades do registro sejam alcançadas

Conforme prevê o artigo 3º da Lei nº 8.935/94, “notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. Considerando que, de acordo com o que foi estudado no subcapítulo anterior, a atividade registral imobiliária é espécie de serviço público, o oficial de registro, ao receber a delegação, é alçado à condição de agente público¹¹⁹.

¹¹⁸ Nesse sentido, Ceneviva lembra que se discutiu “em nosso país e no exterior se o tabelião é exercente de funções parajurisdicionais, se o notário tem caráter institucional ou se é um serviço. A Lei n. 8.935/94 resolveu o problema, afirmando que notário e registradores são profissionais do direito, mas praticantes de serviço do interesse público”. CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

¹¹⁹ Mello destaca a importância dessa classificação nos seguintes termos: “a noção de agente público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é ela que deve ser tomada como ponto de partida – e não o conceito de servidor público ou funcionário público – para o subsequente reconhecimento de quem pode ser caracterizado como sujeito passivo de mandado de segurança (‘autoridade’). Deveras, quem pôde ou teve que manejar poderes correlatos ao exercício de uma função pública há de ter seus atos contrastados judicialmente pelas mesmas vias instituídas como prestantes para o controle dos atos estatais. [...]. De igual modo, **os titulares de serviços notariais ou de registro, conquanto conservem sua qualidade de particulares (art. 236 da Constituição), estranhos, pois ao conceito de funcionário ou de servidor público, podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança, posto que agem como delegados de função pública.** A noção de agente público é prestante também por abranger todos os sujeitos apontados nas Leis 4.898, de 9.12.65, e 8.429, de 2.6.92, as quais cuidam de sanções aplicáveis aos praticantes de atos de ‘abuso de autoridade’ ou atos de ‘improbidade administrativa’, respectivamente”. (grifo nosso). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 244.

Segundo a doutrina de Mello, a “expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”¹²⁰. Assim, quem desempenha funções estatais é um agente público, seja integrando o aparelho estatal, em sua estrutura direta ou indireta, seja quando permanecem exteriores a ele, como no caso dos delegatários de serviço público. O denominador comum em ambas as hipóteses refere-se ao fato de que exprimem manifestação estatal, ou seja, estão “munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes”¹²¹.

Ainda segundo Mello, “dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem *objetiva*, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem *subjetiva*: a investidura nela”¹²². O autor, em adaptação à clássica sistematização de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, classifica os agentes públicos em: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Segundo a classificação proposta por Mello¹²³, os agentes políticos “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”¹²⁴. Os servidores estatais abarcam “todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência*”.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 242.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 245.

¹²⁴ No Poder Executivo, o chefe do executivo em primeiro escalão (e.g. Presidente da República e Ministros; Governador do Estado e Secretários Estaduais; Prefeito e Secretários municipais). No Poder Legislativo, os legisladores propriamente ditos (Senador e Deputado Federal; Deputado Estadual; Deputado e Vereador distrital, Vereador). No Poder Judiciário, os magistrados e, com alguma divergência doutrinária, os membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e diplomatas.

Os particulares em atuação colaboradora, por sua vez, representam categoria “composta por sujeitos que sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico”. É nessa tipologia que o autor reconhece os delegatários dos serviços notariais e de registro, pois praticam atos dotados de força jurídica oficial, mediante habilitação estatal, sem ocuparem cargos estruturais à organização política do País ou relação de trabalho com o Estado ou suas entidades da Administração indireta¹²⁵.

O delegatário do serviço de registro de imóveis exerce, portanto, serviço público na qualidade de particular em atuação colaboradora com o Poder Público. E, nessa condição, realiza as suas atribuições praticando atos administrativos¹²⁶, conforme se passa a analisar.

A fim de organizar a abordagem do tema, que é extremamente técnico, inicia-se o estudo com a identificação das características e efeitos dos atos praticados pelos registradores de imóveis para, a partir disso, identificá-los como atos administrativos. De acordo com a Lei dos Registros Públicos (arts. 16 e 167), ao oficial de registro de imóveis compete: certificar e registrar.

As certidões são documentos públicos¹²⁷, que produzem os mesmos efeitos do original do qual tenha sido extraída¹²⁸, no qual o oficial certifica atos por ele

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 249. No mesmo sentido também é o entendimento de Graeff Júnior, para quem “a delegação não transforma o delegatário em servidor público, apenas investe o particular nos poderes para a prática de ato considerado como função pública. Os serviços são exercidos em caráter privado, pelo titular da serventia ou seus empregados”. GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza Jurídica dos órgãos notarial e registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 121, jul./dez. 2015. Também nesse sentido, Ceneviva afirma que “o notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade”. CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29.

¹²⁶ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

¹²⁷ Ao tratar da força probante dos documentos, o artigo 405 do CPC prevê que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

¹²⁸ O artigo 217 do CC dispõe sobre a força probatória das certidões nos seguintes termos: “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”. No mesmo sentido é o artigo 425 do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

praticados com o objetivo de dar publicidade do teor do registro aos que dele quiserem tomar conhecimento¹²⁹. Dar publicidade aos atos de registro é elemento nuclear do serviço registral imobiliário, pois é a partir dela que se cria a ficção de que o fato jurídico registrado é de conhecimento e oponível contra todos. Diante disso, tem-se que, se a cognoscibilidade geral derivada da publicidade substitui o conhecimento efetivo do direito inscrito e os efeitos jurídicos produzem-se mesmo que o conhecimento de fato não ocorra, a presunção ficta de conhecimento, como consequência da publicidade, gera aos terceiros o direito de conhecer o conteúdo dos registros. Em outras palavras, se a publicidade gera presunção de conhecimento de terceiros a respeito dos fatos jurídicos registrados, impõe-se que, ao mesmo tempo, “nasça” aos terceiros, que sofrem os efeitos da publicidade, o direito de acesso às informações registrais que o ordenamento jurídico faz presumir serem do seu conhecimento¹³⁰.

Cabe referir, ainda, que, além de ser um direito, o acesso às informações constantes do álbum imobiliário diminui o risco de fraudes nas relações sociais envolvendo as pessoas e os bens publicitados, o que contribui para a promoção de segurança jurídica¹³¹. A certidão é, portanto, ato enunciativo praticado por delegatário de serviço de registro de imóveis que consiste em transladar para o documento a ser entregue ao interessado o que consta dos arquivos¹³², funcionando

¹²⁹ O artigo 19 da Lei nº 6.015/73 prevê que as certidões podem ser lavradas em inteiro teor, em resumo, ou relatório, conforme quesitos apresentados pelo usuário, e que devem ser expedidas no prazo máximo de cinco dias. Diversas são as leis que impõe a apresentação de certidões do registro de imóveis para a prática de atos jurídicos. Citam-se, como exemplo, os artigos 225 da Lei nº 6.015/73 e 1º, §2º, da Lei nº 7.433/85, segundo os quais a lavratura dos atos notariais e dos instrumentos particulares envolvendo imóveis depende da apresentação da certidão de propriedade, que, por óbvio, indica o proprietário do imóvel, e de ônus reais e ações pessoais ou reais reipersecutória, que relata se há ônus ou ações registradas na matrícula do imóvel.

¹³⁰ Nesse sentido é o entendimento Montes ao afirmar que “se a sociedade inteira deve abster-se de realizar atos que menoscabem, perturbem ou impeçam o exercício dos direitos reais, a contrapartida lógica deverá ser que a mesma (seus componentes) tenha possibilidade de conhecer a existência daqueles, com o objetivo de poder dar cumprimento aos deveres abstensivos por tais direitos”. MONTES, Angel Cristóbal. **Direito imobiliário registral**. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 20.

¹³¹ Segundo Montes, “a publicidade imobiliária registral deve proporcionar ou dar lugar a determinados efeitos de transcendência jurídica, isto é, deve buscar determinados fins. Por isso, a publicidade não é tanto um fim ou um fim em si do registro quanto um meio, isso sim, indispensável, para a obtenção dos fins substanciais e últimos da instituição registral. Efetivamente, a publicidade dos assentos dos registros procura no terceiro adquirente a eliminação dos perigos a que dá lugar à clandestinidade no que diz respeito à verdadeira situação jurídica das propriedades territoriais, com o qual evitam-se, com relação a terceiros, as nefastas consequências do estelionato (ocultação maliciosa de gravames) e da venda dupla de uma mesma coisa”. MONTES, Angel Cristóbal. **Direito imobiliário registral**. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 179.

¹³² SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 59, p. 75, jul./dez. 2005.

como instrumento de formalização do direito de acesso à informação¹³³, bem como de efetivação das finalidades substantivas (publicidade e segurança jurídica) do registro de imóveis.

Quanto aos registros (*lato sensu*¹³⁴), a Lei nº 6.015/73 indica que os delegatários praticarão quatro espécies de atos: matrícula, registro (*stricto sensu*), averbação e anotação¹³⁵. A definição de matrícula é extraída a partir de dois aspectos: um formal e outro substantivo. Quanto ao aspecto formal, entende-se por matrícula a descrição completa do imóvel lançada no livro de registro geral para

¹³³ A lavratura de certidões pelo delegatário do serviço de registro de imóveis também encontra amparo no direito de acesso às informações garantido pelo artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, que estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.” Também lastreado no direito de acesso à informação, o artigo 5º, XXXIV, “b”, da CF, dispõe que são a todos assegurados “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020). No que se refere ao processo administrativo federal, a Lei nº 9.784/99 estabelece, em seu artigo 46, que “os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem”. (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 12 dez. 2020). No mesmo sentido, o artigo 4º da Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e foi regulamentada pelo Decreto nº 4.073/2002, prevê que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”. BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹³⁴ Sobre a terminologia dos atos de registro, ver: CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da lei 6.015, de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 107 e ss.

¹³⁵ Com o objetivo de organizar a escrituração, os atos de registro são lavrados em livros, que, de acordo com o artigo 173 da Lei dos Registros Públicos, são os seguintes: a) livro nº 1, de protocolo, que serve para o apontamento de todos os títulos apresentados diariamente para registro; b) livro nº 2, de registro geral, destinado à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos a eles relacionados; c) livro nº 3, de registro auxiliar, reservado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao registro de imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado. (A Lei nº 6.015/73 prevê, como uma espécie de função extraordinária do registro de imóveis, a lavratura de atos jurídicos que não estão diretamente relacionados a bens imóveis, para que tais atos tenham eficácia perante terceiros. É exemplo dessa atribuição o artigo 178; d) livro nº 4, para o indicador real, que servirá de repositório de todos os imóveis que figurarem nos demais livros, devendo conter sua identificação, referência aos números de ordem dos outros livros e anotações necessárias; e) livro nº 5, para o indicador pessoal, que servirá de repositório dos nomes de todas as pessoas que, individual ou coletivamente, ativa ou passivamente, direta ou indiretamente, figurarem nos demais livros, fazendo-se referência aos respectivos números de ordem. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

servir de base material à prática dos atos de registro e averbação relativos ao imóvel nela identificado¹³⁶.

No que se refere ao aspecto substantivo, pode-se dizer que o ato matricial cumpre papel fundamental na especialização do direito de propriedade. É que os direitos reais, assim como todos os ramos do Direito que foram pensados a partir de um modelo lógico-sistemático, são organizados em princípios, que podem ser chamados de jurídico-epistemológicos¹³⁷, com o objetivo de sistematizar os institutos jurídicos no momento do seu estudo e positivação. No caso dos direitos reais, o “princípio” da especialidade (aderência ou inerência) merece destaque, pois o direito está de tal forma ligado à coisa, que é seu objeto, que dela não pode ser desligado, exigindo, assim, que a coisa seja existente, certa e determinada¹³⁸, sendo função da matrícula servir de instrumento de formalização dessa especialização.

Entende-se importante destacar, ainda, que a matrícula do registro de imóveis não se confunde com o cadastro imobiliário feito pelo Poder Público para fins fiscais ou de ordenamento do território (atividade material da administração pública)¹³⁹. O papel da matrícula é especializar o bem imóvel (terrenos urbanos, glebas rurais e

¹³⁶ Nalini define matrícula dando ênfase ao seu aspecto formal. Segundo o autor, “matrícula é um ato de registro, no sentido lato, que dá origem à individualidade do imóvel na sistemática registral brasileira, possuindo um atributo dominial derivado da transcrição da qual se originou. Matrícula é, portanto, ao mesmo tempo ato de registro inicial – e bastante explícita a conotação com a matrícula no sentido vulgar, de primeira inscrição – com a exteriorização documental correspondente a cada imóvel. Nessa ficha anotar-se-ão as vicissitudes dominiais do bem imobiliário e sua consulta propiciará conhecimento imediato de seu curso por titularidade única ou distinta, eventuais ônus e demais assentos de relevo para a segurança registraria. Vê-se normalmente a matrícula como a base física de assentamentos registrais, fichas onde são lançados os registros, ou como o continente de um conteúdo registral, menos como um ato registral autônomo. Na doutrina ibérica, matrícula é sinônimo de Fólio Real, e a matriculação significaria a passagem do sistema antigo – cronológico/pessoal – para o sistema de Fólio Real. É o *debut* registral de Garcia Coni, enquanto Afrânio de Carvalho a denomina ‘insígnia honorífica da primeira inscrição do imóvel’”. NALINI, José Renato. A matrícula e o cadastro no registro imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 37, p. 17, jan./abr. 1996.

¹³⁷ A expressão “princípios jurídico-epistemológicos” é usada por Oliveira ao tratar, em estudo paradigmático, do problema da (in)determinação do conceito de princípio no Direito. Segundo o autor, além dos princípios jurídico-epistemológicos, ainda é possível identificar, diante dos múltiplos significados atribuídos aos princípios no âmbito do conhecimento jurídico, outros dois conceitos de princípios: os princípios gerais do Direito e os princípios pragmáticos ou problemáticos. A questão dos princípios é um problema muito sério no Direito. Não há dúvida que a doutrina e, sobretudo, a prática jurídica precisam de um acerto de contas com esse problema. O tema é complexo e escapa ao escopo desta pesquisa, contudo, entende-se importante fazer referência ao estudo de Oliveira com o objetivo de chamar a atenção para a grande confusão presente na dogmática sobre a determinação do que são princípios jurídicos e para que eles servem no Direito. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45-64.

¹³⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 25.

¹³⁹ Sobre a diferença entre o cadastro e a matrícula, ver: JACOMINO, Sérgio. **Cadastro & Registro**: conexão e interdependência. In: ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO Brasil, 15., 1999, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 449-464.

unidades autônomas em condomínio)¹⁴⁰ sobre o qual incidirão direitos, o que evidencia o seu caráter jurídico.

O registro *stricto sensu*, por sua vez, é praticado, em regra, quando o efeito a ser produzido por ocasião da sua lavratura for a constituição, declaração, transferência ou modificação de direitos reais¹⁴¹. Estando o objeto do ato de registro tendencialmente relacionado a direitos reais¹⁴², a sua realização depende de previsão legal que tipifique o direito em causa como sendo dessa espécie ou de que lei expressamente indique a realização do ato, ou seja, se o título apresentado não envolver direito real, só será praticado ato de registro em sentido estrito se a lei expressamente assim determinar (é o caso, e.g., do registro das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis, previsto no art. 167, I, 21, da Lei nº 6.015/73)¹⁴³.

¹⁴⁰ As regras de escrituração da matrícula estão previstas no artigo 176 de Lei nº 6.015/73, que estabelece os seguintes requisitos: 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito. 2) a data da prática do ato. 3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação: a) se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área; b) se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver. 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda. 5) o número do registro anterior. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴¹ As regras de escrituração do registro *stricto sensu* estão previstas no artigo 176 de Lei nº 6.015/73, que prevê os seguintes requisitos: 1) o número de ordem. 2) a data da prática do ato. 3) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda. 4) o título da transmissão ou do ônus. 5) a forma do título, sua procedência e caracterização. 6) o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴² BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30.

¹⁴³ É importante esclarecer, desde já, que, em que pese o artigo 167 da Lei nº 6.015/73 tenha sido destinado a enumerar diversos direitos suscetíveis de registro, tal dispositivo legal não deve ser entendido como exauriente, pois outros diplomas legais ou a própria característica do direito (gerar efeitos reais, por exemplo) poderá recomendar a sua inscrição. Nesse sentido, Dip afirma que “não se pode extrair da taxatividade dos direitos reais uma correlata enumeração exaustiva dos atos suscetíveis de registo predial. Apropositam-se a isso alguns tantos fundamentos. Primeiro, o de que o registro imobiliário, como visto, destina-se a colher títulos não-referentes a direitos reais. Segundo, o de que a taxatividade dos direitos reais não implica restrição consequente dos títulos relativos a esses direitos: ter-se-á notado acaso que, na mescla de uma terminologia aplicável, o art. 167 da vigente Lei de Registros Públicos, tratando do registro em sentido estrito, não se refere expressamente à propriedade? Mais além: não se diz que espécie de título permitiria o registro – por sinal, declarativo – de aquisição imobiliária por aluvião (arts. 530,

A averbação é espécie de ato de registro *lato sensu* que serve, em regra, para tornar conhecida uma situação jurídica, seja em relação à coisa, seja em relação ao titular do direito, relacionada a ocorrências que, por qualquer modo, alterem ou extingam o registro¹⁴⁴. Tem-se, assim, que será praticado ato de averbação quando o efeito a ser produzido por ocasião da sua lavratura gerar a extinção ou modificação do registro *stricto sensu* ou da matrícula em virtude de fato superveniente que, em regra, não crie direitos ou relações jurídicas.

Ao contrário do registro *stricto sensu*, os atos averbáveis não precisam estar previstos de forma específica na lei e não decorrem da tipificação de um direito real, pois o artigo 246¹⁴⁵ da Lei nº 6.015/73 autoriza a averbação de todas as ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro. Além disso, nos casos previstos no artigo 213, I¹⁴⁶, a Lei dos Registros Públicos não exige que a lavratura da averbação seja demandada por parte interessada, como ocorre com os registros em sentido estrito, sendo permitindo, portanto, que o delegatário pratique atos de averbação *ex officio*.

inc. II, 536, inc. III, e 538, CC). Isso não é nenhuma defectibilidade da normativa registral, mas próprio de um sistema processual *lato sensu*, que, por seu caráter fundamentalmente instrumentário, se proporciona mediante uma formulação de subsídio à realização do direito material. Negar que se possa registrar um título no ofício imobiliário porque não o prevê expressamente inscritível a regulativa específica ou lei extravagante é, em síntese, desprezar o caráter instrumental do registro e, no fim e ao cabo, denegar a realização de um direito que, reconhecível na ordem substantiva, não poderia já efetuar-se. Seria, guardadas as distinções, o mesmo que dizer que o locador tem direito a reaver o imóvel de um locatário inadimplente, e negar-lhe toda possibilidade de manejar uma ação de despejo. DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 36, jul./dez. 1999.

¹⁴⁴ BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 529.

¹⁴⁵ 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. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴⁶ Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação: I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de: a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação; c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, 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; f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação; g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

Finalmente, a anotação é utilizada para informar, em alguns livros do cartório, a lavratura de matrículas, registros e averbações. No livro protocolo são anotados os resultados dos processos de registro de cada título. Já nos livros indicadores as anotações servem para abastecer os repositórios, real e pessoal, com informações que auxiliem na busca de atos praticados nos demais livros da serventia.

Identificadas as principais características dos atos de registro *lato sensu*, passe-se a analisar o conceito e os atributos dos atos administrativos, a fim de verificar se os atos praticados pelo registrador imobiliário podem ser assim classificados. Ao tratar do conceito de ato administrativo, Mello¹⁴⁷ ressalta, após indicar a inexistência de definição legal e reconhecer as divergências doutrinárias a respeito do tema, que não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos, porque:

A) A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais: a) *Atos regidos pelo Direito Privado*, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondente efeitos. Uma vez que seu conteúdo não é regido pelo Direito Administrativo e que não é acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos, reputamos adequado excluí-los de tal categoria. Trata-se de pura opção sistemática, tão plausível quanto a dos que os incluem entre os atos administrativos. b) *Atos materiais*, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc. Por serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se 'atos administrativos'. c) *Atos políticos ou de governo*, praticados com *marginem de discricção e diretamente em obediência à Constituição*, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, *sub colo* de que é contrária ao interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante *também sejam controláveis pelo Poder Judiciário* são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria. [...]. B) De outro lado, há atos que *não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos*, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados como atos administrativos. [...]. Em face do exposto, verifica-se que a noção de

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 377.

ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de administração pública (conjunto de órgão do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública. (grifo de autor).

Considerando as características dos atos de registro, verifica-se que as excludentes preliminares da definição de ato administrativo construída por Mello não os atingem. Isso porque são (a) atos jurídicos, na medida em que se consubstanciam em declarações que produzem efeitos previstos em lei, (b) praticados por particular em colaboração com o poder público, (c) com base em normas de direito público, já que o fim público é o fundamento de existência do registro de imóveis, (d) sendo irrelevante para a sua caracterização como ato administrativo o fato de serem praticados por quem não integra a Administração Pública.

Vencidas as excludentes preliminares, passa-se a analisar os atos de registro a partir do conceito de ato administrativo. Segundo Mello¹⁴⁸,

ato administrativo é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legalidade por órgão jurisdicional.

Na mesma linha, Di Pietro¹⁴⁹ afirma que ato administrativo é a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. A autora ainda complementa o conceito, ao classificar os atos administrativos como atos jurídicos, mas afirma que a Administração Pública, ou quem lhe faça às vezes, não dispõe de autonomia da vontade ao praticar o ato administrativo, porque está obrigada a satisfação do interesse público, segundo fatores impessoais.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 378.

¹⁴⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 204.

Em adição a essa definição, é possível encontrar na doutrina¹⁵⁰ três aspectos que auxiliam na conceituação dos atos administrativos: aspecto de natureza objetiva, aspecto de natureza subjetiva e aspecto de natureza jurídico-formal. No que se refere ao aspecto de natureza subjetiva, o ato administrativo praticado pela administração pública, ou por quem lhe faça às vezes, é, pois, praticado por quem esteja no desempenho da função pública, como é o caso do registrador de imóveis, que, como foi visto, atua na condição de particular em colaboração.

Quanto ao aspecto de natureza objetiva, o ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, uma manifestação unilateral de vontade apta à produção de efeitos jurídicos pré-estabelecidos, o que remete à ideia de tipicidade, ou seja, é a lei que estabelece os efeitos jurídicos do ato administrativo. Por isso, em sentido estrito, é possível diferenciá-lo de contrato administrativo (manifestação bilateral de vontade) e fato administrativo (situação fática que produz efeitos jurídicos independentemente de manifestação volitiva).

No caso dos atos de registro, os efeitos, que podem ser classificados, para fins didáticos, como substantivo ou formal, estão previstos em lei (artigo 172 da Lei nº 6.015/73). O registro possuirá efeito substantivo quando a sua lavratura gerar a constituição (e.g. artigos 1.227 e 1.245 do CC), modificação (e.g. artigo 1.332 do CC) ou extinção (e.g. artigo 1.500 do CC) de direitos. Por sua vez, o registro possuirá efeito formal quando gerar a declaração de direitos, hipótese em que poderá ser classificado como declarativo-eficaz (e.g. artigo 1.238 do CC) ou declarativo-publicitário (artigos 799, IX, c/c 828 do CPC).

No que se refere ao aspecto de natureza jurídico-formal, o ato administrativo é praticado sob regime jurídico especial, cujas principais características são: a) fundamentação no interesse público; b) condição de supremacia da administração pública, ou quem lhe faça as vezes, em relação aos destinatários do ato; c) a existência de atributos específicos.

Quanto às duas primeiras características, o ato de registro é fundamentado no interesse público, conforme foi estudado no primeiro subcapítulo deste trabalho, e possui condição de supremacia em relação aos usuários do serviço, que, para verem os seus títulos registrados, devem se submeter às normas que regulam o sistema registral imobiliário.

¹⁵⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 85.

Quanto à terceira característica, são os atributos específicos que distinguem os atos administrativos dos atos de direito privado¹⁵¹, motivo pelo qual a identificação de tais atributos nos atos de registro é fundamental para o argumento que está sendo desenvolvido neste trabalho. Diverge a doutrina¹⁵² a respeito de quais seriam esses atributos, contudo, não há discussão quanto aos que se passa a analisar:

a) Presunção de validade, legitimidade e/ou veracidade: segundo essa característica, uma vez realizado, o ato administrativo terá em seu favor a presunção de que foi praticado de acordo com a ordem jurídica (de que é válido/legítimo) e de que é o seu conteúdo verdadeiro (veracidade do ato), até prova em contrário. Trata-se, pois, de presunção relativa decorrente da fé pública, que não deve ser relacionada aos agentes públicos, mas aos atos administrativos em si. Essa característica tem assento constitucional (art. 19, II¹⁵³) e remete o ônus da prova da invalidade ao interessado na anulação.

No caso dos atos registrais, a presunção de veracidade pode ser relativa ou absoluta. A regra geral é de que o registro tenha presunção relativa de veracidade, pois, conforme previsto no artigo 1.247 do Código Civil e nos artigos 214 a 216 e 252, todos da Lei nº 6.015/73, o ato poderá 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, ainda, de julgado sobre fraude à execução.

A presunção do registro será absoluta apenas na hipótese de ser lavrado no âmbito do sistema Torrens, regulado pelos artigos 277 a 288 da Lei nº 6.015/73. O sistema Torrens gera presunção absoluta de veracidade¹⁵⁴, pois o processo de registro busca afastar as causas de nulidade do título antes do registro ser lavrado. Para tanto, participam do processo, além das partes que celebraram o negócio que se pretende registrar e do oficial de registro, o Ministério Público, o Poder Judiciário e terceiros eventualmente interessados, que são cientificados por meio de

¹⁵¹ Importante referir, conforme destaca Maffini, que “nem todos esses atributos se encontram em todos os atos administrativos, bastando a conjugação da maior parte deles para a configuração de tal regime jurídico especial”. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89.

¹⁵² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 205.

¹⁵³ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - recusar fé aos documentos públicos; [...]. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 491.

publicação de editais, o que torna o processo mais seguro, porém mais complexo, moroso e caro, motivo pelo qual o registro Torrens caiu em desuso¹⁵⁵.

b) Imperatividade ou efeito extroverso: é o atributo pelo qual o ato administrativo se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância. No que se refere a esse atributo, que não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que geram obrigações¹⁵⁶, pode-se dizer que o ato de registro se impõe a terceiro de duas formas: a primeira está relacionada à cognoscibilidade gerada pelo registro; a segunda diz respeito à oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais.

c) Autoexecutoriedade: em razão desse atributo, o ato administrativo, em regra, pode ser posto em execução pela própria administração pública, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Esse atributo também é encontrado nos atos de registro praticados no âmbito do sistema registral imobiliário, na medida em que geram efeitos independentemente da intervenção do Poder Judiciário, que possui apenas função fiscalizadora.

Veja-se que as três características se complementam. É o fato de ter fundamentação no interesse público que coloca a administração pública em condição de supremacia e que confere ao ato atributos específicos.

Pelo exposto, constata-se que a categorização dos atos praticados no âmbito do registro de imóveis como atos administrativos, além de estar ajustada ao reconhecimento da atividade como serviço público, proporciona coerência ao sistema. Isso porque, para que o serviço cumpra as finalidades que a lei lhe impõe, é necessário reconhecer nos atos praticados pelo delegatário certas características e atributos que o permitam atingir tais finalidades, necessidade que, conforme foi demonstrado, só será alcançada com o seu enquadramento como ato administrativo.

¹⁵⁵ No Rio Grande do Sul, em razão do que estabelece o Provimento nº 26/88 da CGJ/RS, desde 22 de agosto de 1988, há proibição de expedição de novos Títulos Torrens. Vale referir que os artigos 277 a 288 da Lei nº 6.015/73 não foram revogados, motivo pelo qual, em tese, não poderiam ser afastados por ato normativo infralegal.

¹⁵⁶ Não há, por exemplo, em atos administrativos negociais (aqueles praticados por solicitação e em favor do destinatário, e.g. alvará, licença) e em atos administrativos enunciativos/declaratórios (e.g. certidão e atestado). MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 92.

2.4 Principais elementos do processo de registro: a constatação de que o ato administrativo praticado pelo delegatário deve ser motivado e não se enquadra na definição de ato discricionário

Conforme ficou evidenciado nos subcapítulos anteriores, a caracterização do serviço de registro de imóveis no Brasil é tarefa complexa. A hibridez da atividade e a falta de um diploma legal que unifique o regime jurídico aplicável ao serviço exigem um esforço doutrinário na elaboração das definições necessárias à construção da referida caracterização.

Ainda que exista doutrina firme em sentido contrário, entende-se que a correta caracterização do serviço de registro de imóveis, a partir do que dispõem a Constituição Federal, a Lei dos Registros Públicos e o Estatuto dos Notários e Registradores, é a que o considera atividade jurídica do Estado. Como serviço público, o fato de o seu exercício se dar em caráter privado, por pessoa física, profissional do Direito, concede à atividade um regime jurídico próprio, o que não descaracteriza a condição de ato administrativo dos registros, que, após serem lavrados pelo delegatário, obterão atributos que lhe permitirão gerar os efeitos necessários à obtenção das suas finalidades legais.

Após estudar as finalidades, o regime jurídico e os atos praticados no âmbito do serviço de registro de imóveis, cuja compreensão entende-se fundamental para os objetivos deste estudo, como tarefa final do capítulo serão analisadas as características da qualificação registral como etapa do processo de registro. Considerando a definição da atividade registral como serviço público, a análise conjugará as normas previstas na Lei nº 6.015/73 com conceitos do direito administrativo.

Nos termos do que estabelecem os artigos 182 e seguintes da Lei dos Registros Públicos, o processo de registro, que, em regra, deve durar, no máximo, trinta dias¹⁵⁷, tem início com o protocolo do título, respeitando-se, rigorosamente, a sequência da sua apresentação, para que seja garantida a preferência na tramitação e a prioridade do direito em causa. No sistema registral brasileiro, em que a mutação

¹⁵⁷ Existem diversas exceções legais ao prazo de 30 dias do processo de registro previsto no artigo 188 da Lei nº 6.015/73. Pode-se citar como exemplo: o art. 52 da Lei nº 10.931, que prevê o prazo de 15 dias para o registro dos títulos a que se refere à Lei nº 9.514/97; e o art. 44-A da Lei nº 11.977, que prevê o prazo de 15 dias para o registro de títulos relativos ao Programa Minha Casa Minha Vida.

jurídico-real, no caso das transmissões entre vivos (art. 1.245 do CC), ocorre com o registro, a prenotação e a qualificação registral são etapas do processo que devem ser realizadas em estrito respeito à ordem de apresentação dos títulos.

Realizado o protocolo, será procedida a qualificação registral, que, conforme foi visto, trata-se de dever¹⁵⁸ do delegatário que dá sustentação ao sistema de registro de direitos¹⁵⁹. Em linhas gerais, pode-se dizer que, ao realizar a qualificação, o registrador examina, de forma imparcial e independente, os aspectos extrínsecos (formais) e intrínsecos (causa ou fundamento do direito)¹⁶⁰ do título¹⁶¹ e, mediante decisão¹⁶² fundamentada, determina o registro dos que estiverem de acordo com o

¹⁵⁸ O STF já reconheceu a qualificação registral como um dever decorrente da Lei dos Registros Públicos, conforme se verifica no seguinte julgado: STF. HC 85.911-9. Ementa: “REGISTRO PÚBLICO – ATUAÇÃO DO TITULAR – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – DÚVIDA LEVANTADA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – IMPROPRIEDADE MANIFESTA. O cumprimento do dever imposto pela Lei de Registros Públicos, cogitando-se de deficiência de carta de adjudicação e levantando-se dúvida perante o juízo de direito da vara competente, longe fica de configurar ato passível de enquadramento no artigo 330 do Código Penal – crime de desobediência -, pouco importando o acolhimento, sob o ângulo judicial, do que suscitado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 85.911-9 Minas Gerais**. Paciente: Eugênio Klein Dutra. Impetrantes: Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais - Sinoreg/MG e outro(a/s). Coator: 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/stf-habeas-corporum-carta-de-adjudicacao-qualificacao-registral-titulo-judicial-crime-de-desobediencia-duvida.html>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁵⁹ Silva destaca a importância da qualificação registral para o sistema registral brasileiro afirmando que “o oficial do Registro de Imóveis, para gerar o direito da propriedade imóvel ou para constituir os direitos reais sobre os imóveis alheios, tem necessidade de examinar os documentos apresentados a registro. No Direito Brasileiro, o oficial do Registro de Imóveis pratica os seus atos baseados em tais documentos. O sistema registral não é desvinculado dos títulos que lhe dão causa. Desconhece o acordo abstrato – ‘einigung’ do Direito alemão. Portanto, para a prática dos atos registrares, o oficial do Registro de Imóveis tem que proceder o exame dos documentos que lhe são apresentados. [...]”. SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 52, jul./dez. 1981.

¹⁶⁰ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 258.

¹⁶¹ Na qualificação registral, o título deve ser examinado em ambos os sentidos que a expressão admite: sentido próprio e sentido impróprio. Ao comentar o artigo 221 da Lei nº 6.015, que trata dos títulos admitidos a registro, Marcelo Martins Berthe esclarece as duas acepções. “No sentido próprio, a expressão estará fazendo referência, portanto, ao título causal do registro. Diz respeito à causa ou ao fundamento do direito ou obrigação que se pretende ver registrada. Daí por que, como é sabido, só o titular do direito real pode outorgar o título. Sob esse aspecto, os títulos em sentido próprio são aqueles que, no elenco do art. 167, I, da Lei de Registros Públicos, já foram antes tratados. O art. 221, *caput*, que agora se apresenta de interesse para o estudo, cuida dos títulos em sentido impróprio da expressão. Veicula a ideia que está relacionada não com a causa ou o fundamento do direito, mas com o instrumento que terá por objeto o título causal inscritível, aquele documento que o deverá materializar, produzindo os efeitos legais *erga omnes* somente a partir do seu ingresso no registro predial e enquanto nele permanecer inscrito (princípio da inscrição)”. BERTHE, Marcelo Martins. Art. 221 da Lei nº 6.015/73. In: ALVIM, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei dos registros públicos comentada**: lei 6.015/1973. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1229.

¹⁶² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 38, jan./jun. 1992.

ordenamento jurídico (qualificação positiva) ou rechaça os defeituosos (qualificação negativa)¹⁶³. Verifica-se, pois, que, ao realizar a qualificação, o registrador decide se o título e o direito nele formalizado estão de acordo com o ordenamento jurídico, para, então, determinar a prática do ato de registro apropriado ao caso.

Quando a qualificação registral é negativa, a decisão do delegatário assume o caráter de ato administrativo ablativo¹⁶⁴, que, conforme estabelecem os artigos 198 e seguintes da Lei nº 6.015/73, poderá ser submetido ao controle do Poder Judiciário, tanto na esfera administrativa quanto judicial (art. 204). Se a decisão for reformada, o interessado reapresentará ao registrador o título, com o respectivo mandado ou certidão da sentença, para que, desde logo, se proceda ao registro.

De outro lado, sendo a qualificação registral positiva, o delegatário determina que o ato (administrativo) de registro seja lavrado¹⁶⁵, respeitando-se as regras de escrituração previstas na Lei dos Registros Públicos. Nessa hipótese, entende-se que a decisão que determinou o registro assume a função de exposição de motivos do ato administrativo, cujo conceito trabalhado pela doutrina administrativista tradicional se deve ter presente como parte do processo de construção da correta compreensão da qualificação registral que se pretende ver explicitada no final desta pesquisa.

Segundo Di Pietro¹⁶⁶, os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, devem ser motivados, pois a motivação constitui garantia da legalidade do ato que, se não for motivado, será considerado inválido, salvo quando a lei ou a Constituição Federal dispensar o dever de motivação. No ato vinculado, deve-se demonstrar que o caso fático se enquadra à norma, enquanto que, no ato discricionário, a motivação abrange, além da explicação devida no ato vinculado, o porquê de ter sido feita determinada escolha em detrimento de outra que, em tese, também poderia ser feita.

¹⁶³ SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 57, jul./dez. 1981.

¹⁶⁴ Na doutrina administrativista, o adjetivo “ablativo” decorre de classificação dos atos administrativos que leva em conta os efeitos do ato em relação aos usuários do serviço. Segundo Maffini, os atos serão ampliativos, quando produzirem efeitos jurídicos favoráveis, ou ablativos, quando ensejarem efeitos desfavoráveis. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.

¹⁶⁵ Conforme estabelece o artigo 1.246 do CC, “o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 218.

Ao aplicar esses conceitos ao serviço de registro de imóveis, a questão que se apresenta é a seguinte: o delegatário pratica atos administrativos discricionários? Em que pese tanto o ato vinculado quanto o discricionário precisem ser motivados, o que, em tese, já serve de barreira à atuação discricionária, no âmbito interpretativo/decisório, por parte do oficial de registro, entende-se que, para a adequada compreensão da função qualificadora, esta pergunta precisa ser respondida. E, para tanto, parte-se de uma análise detalhada dos conceitos tradicionais de atos administrativos vinculados e discricionários, classificação que, segundo a doutrina administrativista, leva em conta o grau de liberdade do agente público no exercício das suas funções¹⁶⁷.

Conforme Maffini¹⁶⁸, o ato administrativo vinculado é aquele que resulta da concretização de uma regra de atribuição de competência vinculada, o que se dá com a subsunção do caso concreto à hipótese normativa¹⁶⁹, devendo estar presentes todos os elementos do ato administrativo para a sua realização¹⁷⁰. Por sua vez, o ato discricionário é aquele que resulta da concretização de uma regra discricionária, aplicada também através da subsunção do caso concreto à hipótese normativa, seguida do juízo válido de mérito administrativo (valorização do caso concreto – oportunidade – e eleição de qual dentre as soluções legais será a melhor ao interesse público – conveniência). Importante esclarecer, todavia, que não existem

¹⁶⁷ Não se desconhece que, modernamente, a doutrina e a jurisprudência, seguindo os passos do que vem sendo construído em outros países, têm direcionado esforços para afastar, ou, ao menos, limitar, o poder discricionário da administração pública ao praticar atos administrativos, pois tal poder, segundo argumentam, funcionaria com válvulas para contornar o Direito. Sobre essa discussão, cujo aprofundamento escapa aos objetivos deste trabalho, ver: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101-264. CANOTILHOS, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 734-735. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 189-221. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 422.

¹⁶⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 104.

¹⁶⁹ Nesta fase do estudo optou por centralizar a discussão no ato administrativo discricionário, sem problematizar os equívocos inerentes à noção de “subsunção” atrelada aos atos administrativos vinculados. O tema será enfrentado no terceiro capítulo deste trabalho, mas cabe destacar, desde já, que mesmo no ato vinculado há margem para subjetividade (o que não quer dizer subjetivismo ou discricionariedade), pois, como a hermenêutica filosófica deixa muito claro, diante de um texto, não há possibilidade de um ideal de objetividade, como se o sentido de um dispositivo legal estivesse pairando no ar a espera que o intérprete o acople ao enunciado. O sentido de um texto é sempre atribuído pelo intérprete a partir de uma perspectiva intersubjetiva.

¹⁷⁰ Segundo Di Pietro, os elementos do ato administrativos são extraídos da Lei nº 4.717/65, que, em seu artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona cinco elementos do ato administrativo, nos seguintes termos: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 210.

atos puramente discricionários, pois há elementos do ato que sempre serão vinculados (*competência, forma e finalidade*). Portanto, a margem de liberdade correspondente ao mérito administrativo alcançaria os elementos *motivo e objeto*¹⁷¹.

Normalmente, tais conceitos são aplicados aos atos praticados pela administração pública no exercício de suas atividades materiais (de fruição e comodidade), a cargo, em regra, do Poder Executivo. No caso do registro de imóveis, especialmente pelo fato de se tratar de atividade jurídica do Estado, entende-se que o conceito de ato administrativo discricionário não encontra amparo nas atribuições legais do serviço¹⁷².

Ao realizar a qualificação registral, o delegatário irá verificar se o título apresentado está de acordo com o Direito, a fim de que o ato de registro seja praticado com a observância de todos os elementos que lhe são próprios, ou seja: a) se o título foi apresentado ao registro de imóveis competente (competência); b) se o ato que se pretende ver lavrado atende às finalidades/intencionalidades da atividade registral imobiliária (finalidade); c) se o ato produzirá os efeitos jurídicos que dele se espera (objeto); e d) se a situação de fato que fundamenta o pedido de registro encontra amparo legal para autorizar a prática do ato (motivo). Estando presentes todos esses elementos, o ato será obrigatoriamente praticado, respeitando-se as regras de escrituração prevista na Lei dos Registros Públicos (forma).

Conforme se verifica, ao proceder a qualificação registral, o delegatário não tem margem para juízos de conveniência e oportunidade, pois não escolhe como o título se conformará às normas que o disciplinam (e.g. fazendo exigências de ajuste no título que interferem na vontade das partes, mesmo que seja com o

¹⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 76.

¹⁷² Ao tratar do tema em relação à decisão jurídica na esfera jurisdicional, Streck afirma que “não se afigura correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do Direito (discricionariedade judicial). Não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas, sim, tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 77. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos). Deve-se referir, ainda, que, mesmo no âmbito da administração pública, há teses que demonstram, de forma muito coerente, a impropriedade de se admitir a prática de atos administrativos discricionários como resultado de decisões que envolvem questões jurídicas. Nesse sentido, Abboud defende a “aniquilação da discricionariedade nos atos em que há decisão de questões jurídicas”, pois, “no Estado Constitucional, só pode haver discricionariedade para solucionar questões não jurídicas”, e, mesmo nesses casos, a liberdade de escolha do agente público nunca é total e sempre deve ser motivada. ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225.

objetivo de indicar uma formalização jurídica que entenda mais adequada à situação em causa) ou como o ato será praticado (e.g. praticar ato de registro quando a lei prevê averbação), e sim decide, a partir do Direito, se o título apresentado está apto a ascender ao fôlio real e se o registro pode ser lavrado nos termos solicitados. Vale referir, ainda, que, mesmo na hipótese de a lei prever mais de uma opção para a prática do ato, o registrador deve decidir, a partir das finalidades/intencionalidades do registro de imóveis, qual se ajusta melhor ao caso concreto, e essa forma de agir certamente não se enquadra no conceito de discricionariedade administrativa.

Importante destacar, também, que, se fosse admitida a atuação discricionária, através da qual, ao invés de decidir, se faz uma escolha, o registrador estaria sempre certo, independentemente da escolha que fizesse. E, tal fato, remeteria à impossibilidade de revisão da escolha pelo Poder Judiciário¹⁷³, o que não se ajusta às regras previstas nos artigos 198 e 204 da Lei nº 6.015/73, que preveem, respectivamente, a possibilidade de revisão, tanto na esfera administrativa quanto judicial, de qualquer decisão do registrador.

Nos termos expostos, a decisão do delegatário, ao proceder a qualificação registral, é sempre vinculada (ao Direito). Contudo, o fato de o registrador não praticar atos discricionários não o exime, conforme já foi adiantado, de ter que fundamentar as suas decisões, motivando o ato de registro que irá praticar.

Para realizar essa atribuição de forma adequada, não se deve confundir a motivação, feita pela autoridade administrativa, com o motivo, como elemento do ato administrativo. Sobre esse ponto, destaca-se a lição de Mello¹⁷⁴:

A motivação integra a 'formalização' do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 969. Não se desconhece que o tema do limite do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário é objeto de discussão na doutrina administrativista, assunto que não será aprofundado por desbordar do escopo desta pesquisa. Sobre o assunto, ver: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101 e seg.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 392.

que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo [...]. (grifo do autor).

Clara, portanto, a diferença entre motivo, como pressuposto de fato e de direito que autoriza a prática do ato administrativo, e motivação, caracterizada como a exposição detalhada dos motivos que levaram à prática do ato. Ainda que voltada aos atos materiais da administração pública, vale transcrever a posição de Mello¹⁷⁵ sobre a exigência de motivação dos atos administrativos:

A exigência de motivação dos atos administrativos, *contemporânea à prática do ato*, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são “donos” da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo poder emana do povo [...]’ (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. [...]. Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes. (grifo do autor).

A necessidade de motivar a prática do ato administrativo levou a doutrina¹⁷⁶ a elaborar a chamada “teoria dos motivos determinantes”, que encontra base legal no artigo 2º, parágrafo único, “d”, da Lei da Ação Popular¹⁷⁷. Segundo essa teoria, uma vez motivado o ato administrativo – seja a motivação obrigatória ou não –, os fundamentos fático-jurídicos que determinaram a sua prática devem existir e ser juridicamente adequados ao resultado obtido, sob pena de invalidade do ato.

Portanto, quando a motivação é obrigatória, além de ser a própria motivação um requisito de validade, a existência e a adequação dos motivos condicionam a

¹⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 394.

¹⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 219.

¹⁷⁷ Lei nº 4.717/65, art. 2º, Parágrafo único: Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; [...]. BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

validade do ato administrativo. Por sua vez, quando a motivação não é obrigatória, mas é realizada, também a existência e congruência dos motivos determinam a validade do ato administrativo.

Por todo o exposto neste capítulo, pode-se afirmar que, para praticar o ato de registro, seja em razão da sua qualificação como ato administrativo, seja em razão das características do sistema brasileiro de registro de imóveis, a lei impõe que o delegatário qualifique o título apresentado com o objetivo de verificar se está ajustado ao Direito. E o resultado dessa verificação deverá ser motivado, não importando se a decisão foi no sentido de lavrar o registro ou de indicar a impossibilidade da sua realização.

Assim, se o registrador tem o dever de verificar se o título que lhe foi apresentado está de acordo com o Direito, para, a partir de uma decisão fundamentada, determinar que sejam praticados atos de registro, com a observância de todos os elementos previstos em lei, é evidente que a função qualificadora está diretamente ligada à aplicação do Direito e, conseqüentemente, com a sua interpretação. Nesses termos, mesmo que realize atividade administrativa, e não jurisdicional, o registrador, como profissional do Direito que exerce atividade jurídica do Estado, deve se apropriar de uma adequada teoria da interpretação/decisão, que leve em consideração os limites da atribuição de sentido aos textos legais, a fim de afastar o elemento discricionariedade das suas decisões¹⁷⁸.

Embora a Lei dos Registros Públicos tenha previsto, de forma exaustiva, as espécies de atos de registro, os títulos passíveis de serem registrados, os requisitos de escrituração e o processo de registro, no que se refere à qualificação registral não estabeleceu as diretrizes a serem seguidas no processo decisório, limitando-se

¹⁷⁸ O problema da discricionariedade no âmbito da interpretação é destacado por Streck nos seguintes termos: “em qualquer ‘espaço’ de sentido – vaguezas, ambigüidades, cláusulas ‘abertas’, etc. –, o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Mais grave ainda, quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performáticos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 53. Esse será objeto de estudo aprofundado no próximo capítulo.

a dizer que: “havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito” (artigo 198)¹⁷⁹.

Essa deficiência normativa exige que a doutrina desenvolva uma reflexão crítica, que, em um primeiro momento, seja capaz de atentar para os perigos de associar o elemento discricionariedade à atividade e, posteriormente, permita construir um arcabouço teórico que indique critérios (formais e substantivos) para nortear os delegatários de registro de imóveis a proferirem decisões íntegras e coerentes. Diante dessa necessidade, o próximo capítulo será destinado ao estudo da Crítica Hermenêutica do Direito, matriz teórica fundada pelo jusfilósofo gaúcho Lenio Streck, a fim de encontrar as bases necessárias para, no quarto capítulo deste estudo, ser possível realizar uma reflexão crítica sobre o atual modelo de qualificação registral, bem como apontar possíveis caminhos para que a principal atribuição do registrador seja realizada de modo a atender às exigências do Estado Democrático de Direito.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

3 CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: A RUPTURA COM PARADIGMAS FILOSÓFICO E JURÍDICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) apresenta-se como matriz teórica de análise do fenômeno jurídico¹⁸⁰. O seu fundador, Lenio Streck, ao identificar as crises¹⁸¹ do Estado brasileiro (que ainda não conseguiu superar o paradigma liberal-individualista e cumprir as promessas da modernidade)¹⁸², do Direito (que se deve, dentre outras coisas, à permanência promiscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente)¹⁸³ e da dogmática jurídica (ainda refém do senso comum teórico¹⁸⁴, *habitus*, que leva o jurista a operar – nas salas de aula, na doutrina e na prática jurídica – como se o direito fosse técnica, ou seja, uma mera racionalidade instrumental)¹⁸⁵, formula um novo conceito de Direito a partir de uma dupla ruptura, uma filosófica e outra jurídica, que se relacionam e permitem estabelecer as condições de possibilidade para que os discursos jurídicos sejam considerados autênticos.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 58. Livro eletrônico.

¹⁸¹ Aqui cabe um alerta. Ao abrir o capítulo fazendo sucinta referência às crises do Estado, do Direito e da dogmática jurídica pretende-se indicar os principais motivos que levaram à construção da CHD, o que, para os objetivos deste estudo, entende-se suficiente. Para uma incursão profunda nessa temática, remete-se o leitor para: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 29.

¹⁸³ Streck relaciona o problema da crise do e no Direito ao fato de a doutrina ainda não ter conseguido construir as condições de possibilidade para o surgimento de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da interpretação e uma nova teoria da decisão, devidamente filtradas pela Constituição Federal de 1988 e pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, que “agrega um *plus* às formas anteriores (Liberal e Social), representado por esses dois pilares: democracia e direitos fundamentais”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54, 99 e 102.

¹⁸⁴ A expressão *senso comum teórico* vem de Luis Alberto Warat e refere-se à crítica do professor argentino aos estereótipos construídos pela doutrina e pelo próprio legislador que, embora cumpram um importante papel na construção das definições e dos discursos persuasivos, acabam abstrativando os conceitos jurídicos (espécie de congelamento de sentido) e esclerosando certos juízos valorativos como eternos e imutáveis, impedindo os juristas de analisar as justificações e legitimações das cargas valorativas que estão na base dos termos e dos discursos jurídicos. WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995. p. 70-74.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 9. Livro eletrônico.

A necessidade de se repensar o Direito decorre de duas revoluções copernicanas que ocorreram no século XX e que, ao modificar radicalmente os caminhos do Direito e da Filosofia, denunciaram as crises acima referidas. Conforme destaca Streck¹⁸⁶,

no campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica. Essa alteração radical implicou, também, uma revolução metodológica: os métodos tradicionais do direito privado – permeados pela filosofia da consciência – não eram adequados para manipular os novos textos constitucionais, concebidos para fazer valer uma ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado.

Além disso, no paradigma do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, o Direito assume o importante papel de contribuir para a realização dos direitos fundamentais (protegendo-os e, quando necessário, implementando-os) e da democracia. Em razão dessa função ativa, tornou-se imprescindível a construção, pela doutrina, de uma teoria do Direito não relativista, para que o detentor da decisão jurídica (inclusive o registrador de imóveis) não cometa excessos no exercício das suas funções ou decida a partir de critérios não jurídicos (econômicos, políticos ou morais, por exemplo), fragilizando a democracia.

Nesse contexto, a CHD, lastreada na hermenêutica de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer (paradigma filosófico) e na tese do Direito como integridade proposta por Ronald Dworkin (paradigma jurídico), apresenta-se como matriz teórica capaz de oferecer o ferramental necessário para que o julgador reconheça a sua responsabilidade/dever de respeitar a autonomia do direito e de chegar a respostas constitucionalmente adequadas (ajustada ao Estado Democrático de Direito) às divergências que surgem quando da aplicação da lei¹⁸⁷. Ao fazer isso, a CHD coloca à disposição dos juristas uma teoria da interpretação/decisão jurídica livre do elemento discricionariedade.

Conforme já referido, um dos pontos centrais da proposta teórica apresentada pela CHD é demonstrar a superação de dois paradigmas: um filosófico (a filosofia da

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 256.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 40.

consciência) e um jurídico (o positivismo). Em relação ao primeiro, através da superação da noção de que o sentido de algo é atribuído livremente pela consciência do sujeito (solipsismo)¹⁸⁸. Quanto ao segundo, a partir da concepção de que o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade do julgador, ora em sentido forte ora em sentido fraco¹⁸⁹, não foi capaz de alcançar ao titular da decisão jurídica ferramentas que o auxiliem a chegar à decisão correta (como pensar o Direito, a partir do paradigma democrático, se o julgador ainda acredita que a interpretação é um ato de vontade e que pode decidir de acordo com a sua consciência?).

Neste segundo capítulo, o objetivo será demonstrar, a partir da análise dos pilares, filosófico e jurídico, que sustentam a CHD, que a tese formulada por Streck – ao fornecer os elementos necessários para afastar a discricionariedade¹⁹⁰ da decisão jurídica, evidenciar que as decisões devem ser por princípios, e não por valores morais, interesses políticos ou critérios econômicos, e denunciar a responsabilidade política do julgador em chegar à resposta correta – pode ser utilizada para preencher o *gap* normativo em relação à qualificação registral, bem como apresentar-se como alternativa capaz de dar um passo a diante em relação às teorias que, na atualidade, norteiam a função decisória do registrador imobiliário e que serão estudadas no último capítulo deste trabalho.

3.1 O paradigma filosófico da crítica hermenêutica do direito

A formulação de um novo conceito de Direito pela CHD tem como fio condutor (*standard* de racionalidade¹⁹¹) a hermenêutica sob a perspectiva filosófica. Ao

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 17.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 204.

¹⁹⁰ Cumpre advertir que a discricionariedade que será combatida neste capítulo é a interpretativa, ou seja, aquela que leva o titular da decisão jurídica a tomar decisões afastando-se de padrões estabelecidos pelo Direito, e não a que guarda relação com o ato administrativo discricionário, que já foi estudado no primeiro capítulo e desvinculado da decisão jurídica (qualificação registral) proferida pelo registrador imobiliário. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 48-57. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 51-63.

¹⁹¹ Conforme ensina Stein, “*standard* ou vetor de racionalidade se constitui como aquele núcleo de determinadas Filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade [não clássica, ou seja, não ligada às amarras da subjetividade] que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência. [...] O Direito irá encontrar a partir desse *standard* uma teoria filosófica capaz de orientar o *levantamento de problemas* e o *conjunto de problemas* a serem resolvidos. A Filosofia, portanto, terá papel exclusivo no campo do discurso jurídico, pois

contrário da hermenêutica metodológica, que aborda as formas e as condições de compreensão de algo mediante um conjunto de regras¹⁹², na perspectiva filosófica o “processo interpretativo-compreensivo”¹⁹³ se dá a partir do revolvimento do chão linguístico em que se assenta a tradição, levando o intérprete a reconstruir a história institucional do fenômeno para saber como ele era e desvelar como ele é¹⁹⁴. Verifica-se, desde já, que a hermenêutica utilizada pela CHD afasta-se do seu sentido tradicional, teórico-descritivo, que predomina no senso comum teórico dos juristas, que ainda se valem dos métodos de interpretação gramatical, axiológico, teleológico, lógico-sistemático e histórico-evolutivo, elaborados no século XIX por Savigny, que, dentre outros problemas, remetem o intérprete ao subjetivismo inerente à possibilidade de escolha do método que será usado na interpretação, abrindo as portas para decisões discricionárias¹⁹⁵.

A hermenêutica utilizada pela CHD é a desenvolvida a partir da década de vinte do século passado por Martin Heidegger. A fenomenologia hermenêutica heideggeriana parte da ideia de que toda a compreensão (ser) do ser humano (ente)

somente ela pode trazer elementos que terminam constituindo, não apenas um campo conceitual e argumentativo ou lógico-metodológico, mas um espaço em que se move o Direito e que é sustentado pelo modo como se realiza a Filosofia”. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 152 e 156.

¹⁹² Em termos gerais, a hermenêutica metodológica pode ser caracterizada, segundo Rohden, “como *instrumental* ou epistemológica ao ser restringida à atividade de conhecer para dominar determinados objetos”, seguindo os passos do procedimento metodológico das ciências naturais. Ainda segundo o citado autor, “a preocupação primeira da hermenêutica metodológica é com a validade universal do significado da linguagem não com a instauração do sentido. Ao decompor as partes de um todo, a hermenêutica metodológica pretende *extrair o sentido* como se este fosse seu objeto exclusivo. Nesse caso, parte-se, equivocadamente, do pressuposto segundo o qual o sentido é algo dado, fixo, original, que aguarda apenas o momento adequado para ser des-velado, des-coberto, extraído. A atividade interpretativa metodológica parte do pressuposto, equívoco, da existência do sentido como se este fosse uma *ousia* ou um *eidos*. A equivocidade está também no fato de conceber o conhecer como uma atividade (puramente cognitiva) do sujeito com relação ao objeto a ser conhecido como se este fosse uma espécie de ponto ‘zero’, ‘ur-ur-original’, semelhante ao ‘paraíso perdido’. Neste traço metodológico da hermenêutica percebemos as lufadas dos ares do romantismo. A hermenêutica converte-se em simples metodologia ao pretender desvincular seu procedimento interpretativo do plano histórico, político, moral como se sua validade e autenticidade fossem asseguradas pela pretensa postura de neutralidade com relação ao que interpreta. Nesse caso, o intérprete não se auto-implica nem seria afetado ao conhecer. A percepção, a recepção e o impacto que padece o sujeito é relegado ao plano das opiniões e das verossimilhanças tal como fez Descartes no *Discurso do Método*. [...]. No processo circular metodológico não há uma fusão de horizontes, mas pretende-se obter uma objetividade produzida pela subjetividade”. ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul: Editora UCS, 2008. p. 39-40 e 44.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 207.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 9. Livro eletrônico.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 262.

“se encontra fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência”¹⁹⁶. Nesse processo de descobrimento (desvelamento) do “ser dos entes” a fenomenologia permite ir “às coisas mesmas”, dissolvendo as camadas encobridoras do ser e permitindo alcançar a verdade¹⁹⁷. Assim, qualquer compreensão (de textos, da história etc) tem como condição de possibilidade a compreensão de nós mesmos, e não um conjunto de preceitos metodológicos¹⁹⁸. Nas palavras de Streck¹⁹⁹, a CHD,

fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmo (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre ser no ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

O sentido que Heidegger dá à faticidade é fundamental para compreender a sua forma de filosofar. Segundo o filósofo, o modo de ser do homem, que ele denomina de Ser-aí (Dasein²⁰⁰), é a existência, contudo, o homem também é o

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 210.

¹⁹⁷ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 2, p. 1304.

¹⁹⁸ A fim de clarificar ainda mais a diferença entre a hermenêutica metodológica e a proposta heideggeriana, acrescenta-se a distinção feita por Wu nos seguintes termos: “para Schleiermacher, a hermenêutica deveria eliminar as dificuldades daquilo que ele denominou como ‘universalidade do mal-entendido’, por meio de uma técnica adequada, para Heidegger, essa universalidade do mal-entendido caracteriza a compreensão mediana do *Dasein* no seu ser já sempre situado no mundo. Na hermenêutica da facticidade proposta por Heidegger, a ‘universalidade do mal-entendido’ já não estava mais relacionada com uma dificuldade metodológica em torno da questão da interpretação, que poderia ser solvida mediante procedimentos específicos, mas remetia diretamente à cotidianidade do *Dasein*, não podendo, nesse sentido, ser eliminada mediante esforços metódicos. A compreensão não é mais o resultado final do método bem sucedido, mas um existencial que proporciona abertura de possibilidades de ser; visto dessa maneira, diremos que a existência é essencialmente hermenêutica”. WU, Roberto. A ontologia da phronesis: a leitura heideggeriana da ética de Aristóteles. *Veritas*, Porto Alegre, v. 56, n. 1, p. 97, jan./abr., 2011.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 10. Livro eletrônico.

²⁰⁰ Dasein é o termo usado por Heidegger para “designar – filosoficamente – o ser humano, a partir do qual serão analisadas as estruturas fáticas da existência humana. Na descrição realizada pelo filósofo, Dasein é um tipo de ente que, em seu modo de ser, possui como possibilidade a compreensão do seu ser e do ser dos demais entes intramundanos. O Dasein é, portanto, o ente que compreende o ser e, nesta compreensão, tem implícita uma compreensão do seu próprio ser. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210. Verifica-se, pois, que “o Dasein não é um ente como os demais;

resultado do que ele já foi, ou seja, da faticidade. Nesse contexto, pode-se afirmar, pedindo auxílio a Streck, que “a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (*faticidade*) do Ser-aí e permite a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (*existência*)”²⁰¹. Dessa reflexão – que possibilita dizer como algo é a partir de algum nível de compreensão do ser do ente que se dá na faticidade do Dasein – decorrem os dois teoremas fundamentais da fenomenologia hermenêutica: a diferença ontológica (compreensão do ente no ser do Ser-aí) e o círculo hermenêutico (para compreender o ser do ente, o Ser-aí precisa compreender o seu próprio ser)²⁰².

As afirmações acima permitem constatar que o processo interpretativo está sempre impregnado por (pré)compreensões provenientes das vivências do intérprete (*faticidade*), sejam elas derivadas do conhecimento teórico, sejam oriundas do conhecimento prático²⁰³, que se relacionam no interior do círculo hermenêutico num contexto intersubjetivo de fundamentação²⁰⁴ (“ser-no-mundo”, “estar-no-mundo”²⁰⁵). Isso, por sua vez, permite perceber que a interpretação decorre das estruturas da compreensão (entendida por apreensão de realidades como um modo de ser do Dasein²⁰⁶), motivo pelo qual qualquer método, como elemento interpretativo, sempre chega depois que a interpretação já foi realizada na compreensão. Assim, por ser sempre derivada da compreensão que originariamente o Dasein tem do ente em seu ser, a interpretação nada mais é do que o momento discursivo-argumentativo de

propriamente não é um ente, mas um existente, isto é, uma realidade em cujo o ser está o seu ser”. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 2, p. 1305.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 213.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 214.

²⁰³ Conforme destaca Streck, Heidegger reconcilia a cisão artificial, que vem desde Aristóteles, entre filosofia teórica (que, ao observar determinada realidade, estaria interessada em identificar a verdade ou a falsidade) e filosofia prática (que, ao questionar uma ação concreta, estaria voltada à identificação do certo e do errado), que passam a se relacionar no interior do círculo hermenêutico. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 71.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 155.

²⁰⁵ “O ‘estar-no-mundo’ é um modo de ser. Por isso não há um sujeito em um mundo (realismo) nem um mundo em um sujeito (idealismo). Por outro lado, o mundo não é um conjunto de coisas; ‘mundo’ designa, como indica Heidegger, ‘a noção ontológico-existencial da *mundanidade*’. O mundo imediato do *Dasein* é o ‘mundo circundante’ (*Umwelt*). Esse ‘mundo circundante’ não é uma *res extensa*. Isso não significa que se descarte todo espaço, mas o espaço designado pela expressão *res extensa* está, por assim dizer, incluído na circundanidade, ou na mundanidade do mundo circundante enquanto mundo-no-qual-estou”. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 2, p. 1305.

²⁰⁶ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 2, p. 508.

explicitar o compreendido, ou seja, é o momento em que “falamos dos entes (processo, direito etc) pela compreensão que temos de seu ser”²⁰⁷.

Verifica-se, pois, que há em Heidegger um destaque para a compreensão do ser (ontologia fundamental²⁰⁸). Ao contrário da metafísica, que sempre se preocupou com o ente, a fenomenologia hermenêutica leva o ser do ente a se manifestar como fenômeno²⁰⁹ (o ente não existe como ente). A vantagem na adoção da ontologia fundamental heideggeriana como matriz filosófica para a construção da CHD está radicado, segundo Streck²¹⁰,

na construção das condições de possibilidades que esse ferramental representa para uma crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do direito. A ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do ser próprio do pensamento dogmático-jurídico. Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da ideia de que o ser (o sentido) é um ente (isto é, como se o conceito de ‘coisa julgada’ ou ‘legítima defesa’ fosse um ente apreensível como ente), a partir de Heidegger, pretendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas sim, sempre pelo discurso.

É por isso que posturas que identificam a interpretação como ato de retirar da lei o que nela está contido não podem ser consideradas corretas quando a forma de pensar o direito é conduzida pela hermenêutica, sob a perspectiva filosófica. Conforme destaca Streck, “aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica visando a compreensão do ser do Ser-aí”²¹¹.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 215.

²⁰⁸ Conforme esclarece Streck, “classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (Dasein), que é o compreender do ser. Esse operar é condição de possibilidade de qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradição de ‘ontológico’, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente é que Heidegger irá chamar de *met-ontologia*. Essa teoria tratará das diversas ontologias regionais (naturalmente, dos entes). Desse modo, a ontologia ligada à compreensão do ser será uma ontologia fundamental, condição de possibilidade de qualquer ontologia no sentido clássico que sempre está ligado à entificação e objetificação. Assim, podemos dizer que a ontologia – originada na tradição hermenêutica – está ligada a um modo de ser e a um modo de operar do ser humano”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 160.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 215.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 11. Livro eletrônico.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 213.

As lições de Heidegger são levadas adiante por outro filósofo alemão, Hans-Georg Gadamer²¹², que acolhe a ideia de faticidade de Heidegger para desenvolver o seu conceito de compreensão “no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido”²¹³. Influenciado pelos teoremas fundamentais da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, Gadamer sustenta que para interpretar precisamos compreender e que a compreensão (que é tanto teórica quanto prática²¹⁴) depende de uma pré-compreensão constituída de uma estrutura prévia de sentido²¹⁵ ligada ao universo da cultura humana e do mundo vivido que nunca se esgotam²¹⁶. Ao aplicar tais ideias à interpretação do texto legal, pode-se afirmar, com Streck e Stein, que “é no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a ‘norma’ produto da ‘síntese hermenêutica’, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete”²¹⁷, “pois em tudo que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão”²¹⁸.

As contribuições da hermenêutica filosófica gadameriana, que tem a pretensão de tornar produtiva a hermenêutica heideggeriana²¹⁹, são fundamentais para estruturar o pensamento jurídico a partir de uma nova perspectiva nos termos desenvolvidos pela CHD²²⁰. Na leitura hermenêutica do Direito proposta pela CHD, a

²¹² Conforme Pereira, “a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer possui uma especificidade ante as outras hermenêuticas: ela pretende elevar-se à condição de uma teoria filosófica. Isso significa defender que o fenômeno da compreensão possui uma universalidade e que somos capazes de pensá-lo a partir da perspectiva do conceito. Podemos resumir tal tese gadameriana com esses dois argumentos centrais: a compreensão é condicionada tanto historicamente, o que pode ser representado pelo conceito de “história continuamente influente” (*Wirkungsgeschichte*), como pela relação com um “outro”, o que pode ser mostrado por meio do conceito de “aplicação” (*Anwendung*). Nisso reside o sentido mais próprio de tomarmos a hermenêutica filosófica por uma *filosofia da finitude*. Nossa compreensão é limitada, por um lado, pela *linguagem* que adquirimos no contato com a tradição histórica e, por outro, pelo nosso *diálogo* com o outro”. PEREIRA, Viviane Magalhães. *Hermenêutica filosófica como filosofia prática*. **Ekstasis**: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 39, 2015.

²¹³ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 14.

²¹⁴ PEREIRA, Viviane Magalhães. *Hermenêutica filosófica como filosofia prática*. **Ekstasis**: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 51, 2015.

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 218.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 426.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 218.

²¹⁸ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 164.

²¹⁹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 24.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 216.

crítica de Gadamer à cisão artificial presente no processo interpretativo clássico, que entende a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes²²¹ (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*), leva à inarredável conclusão de que a compreensão, a interpretação e a aplicação, diante do fato de que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, ocorrem em um único momento (*applicatio*)²²², em que concorrem integradamente vários elementos, realizado na circularidade da autocompreensão do intérprete²²³.

A circularidade na qual ocorre o ato interpretativo se dá numa espécie de “espiral hermenêutico, onde a circularidade da autocompreensão se desdobra também, ao mesmo tempo, como movimento, e também se interrompe na circularidade dos entes disponíveis existencialmente, *onde se produzem paradas*”²²⁴. Nesse processo, é o intérprete que atribui (num contexto intersubjetivo de fundamentação oriundo do seu modo de ser no mundo) sentido ao texto (parada²²⁵)

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 430, 431 e 446.

²²² Nas palavras de Gadamer, “a aplicação não é uma parte última, suplementar e ocasional do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo. Também aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que, para ele, o texto transmitido seja dado e compreendido como algo de universal e que só assim poderia ser empregado posteriormente a uma situação particular. Ao contrário, o intérprete não quer apenas compreender esse universal, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que constitui o sentido e o significado do texto. Mas para compreender isso ele não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 426.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 230 e 254.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 258.

²²⁵ Sobre as “paradas” interpretativas Streck afirma que, “quando ocorre a parada, ela entifica, congela (temporariamente, porque tempo é ser e ser é tempo) o sentido. Dessa parada a condição existencial não pode fugir, a não ser para estabelecer-se dogmaticamente como princípio definitivo, absoluto. [...] Mas o que a dogmática jurídica não compreende é que essa parada, que parece uma interrupção do movimento da circularidade da autocompreensão, na verdade rompe constantemente a própria entificação. O problema é que o pensamento dogmático do direito entende a parada como definitiva – e essa é a de-caída em direção à metafísica –, porque se dá conta do processo de autocompreensão que se realiza no duplo movimento. A autocompreensão e o círculo da compreensão sustentam o duplo movimento através das paradas. Não se pode olvidar que é a historicidade da tradição que sustenta a historicidade dos textos (infraconstitucionais e a Constituição, bem como a norma resultante da interpretação dos textos)”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 258-259.

a partir do caso que está sendo analisado²²⁶, rechaçando-se a ideia, presente no senso comum, de que o sentido já está (dado) no texto (objetivismo) ou de que o sentido é atribuído pelo legislador e que cabe ao intérprete descobrir e reproduzir tais sentidos (subjetivismo)²²⁷.

Verifica-se, assim, que, com a fenomenologia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, ficam superados não apenas o processo interpretativo clássico²²⁸, mas, também, o essencialismo da metafísica clássica moldada no paradigma aristotélico-tomista (na qual as coisas teriam sentido porque há nelas uma essência), bem como o agir solipsista do sujeito assujeitador do sentido dos objetos (esquema sujeito-objeto), presente na metafísica moderna²²⁹ que constitui a filosofia da consciência (na qual o sentido das coisas está na subjetividade do sujeito). Isso porque, na perspectiva hermenêutica, os próprios participantes se empenham na “apropriação viva de tradições que os determinam”²³⁰, sendo colocada de lado a ideia de interpretação como procedimento de extração/reprodução de sentido do texto²³¹ para ganhar espaço a tese que compreende a interpretação-aplicação do Direito como

²²⁶ A esta altura a responsabilidade e os perigos do ato de interpretar já se mostraram evidentes. Ao tratar do tema, Pereira afirma que “quem compreende age de alguma forma, seja transformando a si mesmo, seus ouvintes ou o conteúdo daquilo que é compreendido. É por isso que interpretar é perigoso. Em primeiro lugar, pomos em risco não somente o que sabemos da tradição, mas também sobre nós mesmos, uma vez que não podemos nos abster do fato de termos que *participar*, isto é, estar envolvidos no momento da compreensão, implicados no sentido percebido e igualmente submetidos a questionamentos. Em segundo lugar, possuímos um sentido para o tempo, ou seja, para o correto e o incorreto e, assim, no caso de um mal-entendido, podemos transformar o mundo orientados por um projeto equivocado. Apesar desse perigo que toda interpretação representa, nela vem à tona algo diferente, ou melhor, um acréscimo de sentido ao que já era conhecido, que nos dá justamente a chance de correção do que antes supúnhamos ser verdadeiro”. PEREIRA, Viviane Magalhães. *Hermenêutica filosófica como filosofia prática. Ekstasis: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 42, 2015.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 216.

²²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 414.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 219.

²³⁰ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 164.

²³¹ O procedimento de extração/reprodução de sentido do texto está alicerçado na ideia de entificação/objeticação dos sentidos (entificação do ser) na busca pelo conhecimento e pela verdade, fenômeno que, conforme destaca Streck, “atravessa mais de vinte séculos, atrelado à busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*, presente, v.g., na ideia platônica, na substância aristotélica, no *esse subsitens* do medievo (último suspiro da metafísica clássica), no *cogito* inaugurador da filosofia da consciência, no eu penso kantiano, no absoluto hegeliano, pela vontade de poder nietzscheano e ‘pelo dispositivo do imperativo da era da técnica, em que o ser desaparece no pensamento que calcula. Tal sucessão de princípios epocais pode ser lida como história do esquecimento do ser em favor do ente [...]”, princípios com os quais a hermenêutica procura romper. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 219.

atribuição de sentido a partir da inserção do intérprete como ser-no-mundo (contexto intersubjetivo).

É nesse contexto que Streck desenvolve um dos conceitos fundamentais para a CHD: o de giro ontológico-linguístico. Nas palavras de Streck²³²,

a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem não é produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*). Trata-se, fundamentalmente, de uma ‘virada hermenêutica’, que, no plano do conhecimento jurídico, venho denominando – desde *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise (2013)* – de *Crítica Hermenêutica do Direito*, isto é, um novo estilo de abordagem na filosofia pela qual se vê como primeira tarefa o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da positivação). Daí que, com Ernildo Stein, podemos dizer que, superando-se os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o acesso a algo não será mais de forma direta e objetificante; o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido. [...]. Assim, em tempos de viragem ontológico-linguística, não pode(ria)m passar despercebidas teorizações ou enunciados performativos que reduzem a complexíssima questão do ‘ato de julgar’ à consciência do intérprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador. (grifo do autor).

Fica evidente, pelo exposto, que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade para a interpretação do Direito livre de objetivismos essencialistas e subjetivismos oriundos da consciência do intérprete. É, ao fim e ao cabo, a prevalência da verdade, “como um acontecer no qual sempre estamos embarcados pela tradição”²³³, sobre o método.

Importante referir, ainda, que, no conceito de giro ontológico-linguístico, a virada linguística é tão importante quanto à hermenêutica. Conforme Streck²³⁴, a CHD

²³² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 161.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 445. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 11. Livro eletrônico.

trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica, isto porque a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e de suas vulgadas voluntaristas), a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinnggebung*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior. Há sempre um sentido que nos é antecipado.

Um dos precursores do chamado *linguistic turn*, desenvolvido no âmbito da vertente pragmática da filosofia analítica, Ludwig Wittgenstein, em sua segunda fase (*Investigações Filosóficas*²³⁵, de 1953), ao romper com o solipsismo (esquema sujeito-objeto) defendido em sua obra anterior (*Tractatus Logico-Philosophicus*²³⁶, de 1921), demonstra, com a sua teoria dos jogos de linguagem que proporcionam a compreensão, a impossibilidade de uma linguagem privada²³⁷, eliminando a ideia de que o sentido de uma frase é mental. Não é a mente, mas a linguagem que liga o sujeito ao mundo externo, o que quer dizer que “o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo”²³⁸.

A transformação operada pelo giro linguístico tem fundamental importância no conceito de compreensão desenvolvido por Gadamer na sua hermenêutica

²³⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²³⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Ed. Nacional, 1968.

²³⁷ Sobre a definição de linguagem privada, vale destacar a interpretação que Tugendhat faz do segundo Wittgenstein: “Por uma linguagem privada não se deve entender alguém que fala consigo mesmo e nem toda uma linguagem que fosse falada por apenas um homem. ‘Poder-se-ia imaginar também homens que falassem apenas monologicamente.’ Isso não é, então, uma linguagem privada no sentido de Wittgenstein, pressupondo que se poderia ‘traduzir para a nossa linguagem’ a linguagem de um tal homem. Do mesmo modo, não é ainda uma linguagem privada se alguém, nessa linguagem, ‘anotasse ou exprimisse suas experiências internas — seus sentimentos, suas disposições etc. — para uso próprio’; isso também se pode fazer ‘em nossa linguagem ordinária’. Ao contrário, naquela linguagem que Wittgenstein chama de linguagem privada, ‘as palavras [...] devem se referir a algo de que apenas o falante pode saber; [...] Um outro, portanto, não pode entender essa linguagem’. A ênfase aqui repousa na palavra ‘pode’. Assim, o característico de uma linguagem privada não é ser essa empregada de fato apenas por um indivíduo, nem se referirem as palavras dessa linguagem às experiências do indivíduo; mas trata-se de uma linguagem privada — no sentido a ser criticado — apenas quando um outro não *pode* entender essas palavras ou, mais precisamente, quando as palavras dessa linguagem se referem a algo ‘de que apenas o falante pode saber’”. TUGENDHAT, Ernst. Wittgenstein: a impossibilidade de uma “linguagem privada”. **Revista do CEBRAP**, São Paulo, n. 32, p. 50, 1992.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 125. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

filosófica. Por ser “aquilo que possuímos *em comum* com o mundo, com a tradição, com as coisas, com os outros”, não há compreensão sem linguagem, bem como não há linguagem sem compreensão. Assim, é a linguagem “que possibilita a existência de uma unidade entre ser humano e mundo, entre pensamento e coisa, entre sujeito e objeto”, motivo pelo qual “sem ela não podem haver sentidos a serem compreendidos”²³⁹. Segundo Streck²⁴⁰,

na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser identificado com independência da linguagem, ou que o mundo possa ser conhecido inicialmente através de um encontro não linguístico, e que o mundo possa ser conhecido como ele é, intrinsecamente, começamos a perceber – graças à viragem linguística da filosofia e do nascimento da tradição hermenêutica – que ‘os diversos campos da filosofia, que antes eram determinados a partir do mundo natural, poderiam ser multiplicados ao infinito através da infinitividade humana. A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem’.

Assim, a partir do *linguist turn*, há o reconhecimento de que “é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante)”²⁴¹. A virada linguística é, portanto, imprescindível para tornar evidente que o sentido não está nas coisas, mas sim na própria linguagem, que é intersubjetiva (Wittgenstein). Nesse contexto, a linguagem passa a ser condição de possibilidade para acessar o mundo e tal descoberta é fundamental para, junto com a tradição hermenêutica do século XX, possibilitar o “acesso hermenêutico ao direito”²⁴².

A viragem linguística e a tradição hermenêutica permitem perceber, ainda, que, pelo fato de o texto não conseguir abarcar todas as possibilidades de aplicação (como pensavam os positivistas exegéticos, por exemplo), não existem respostas

²³⁹ PEREIRA, Viviane Magalhães. Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”: hermenêutica como teoria filosófica. **Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 168, 2015.

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 219.

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 159.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 219.

antes das perguntas²⁴³, motivo pelo qual a atribuição de sentido feita pelo intérprete ao texto, que se dá a partir de uma compreensão anterior, depende de um caso concreto. Tal constatação coloca em destaque a diferença ontológica (não essencialista) entre texto e norma, que é um dos pontos centrais da CHD²⁴⁴.

Por ser inseparável do seu sentido (o texto não subsiste como texto), interpretar um texto é aplicá-lo (o texto só terá sentido na norma que se lhe atribuir), o que remete à impossibilidade de cindir interpretação de aplicação²⁴⁵. Assim, a norma (sentido do ser do ente) é “a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar)”²⁴⁶, que, vale lembrar, por não estar à disposição do intérprete, é produto da compreensão intersubjetiva dos juristas (esquema sujeito-sujeito), afastando a *applicatio* hermenêutica de qualquer possibilidade de comparação com o realismo jurídico²⁴⁷. Conforme destaca Gadamer, “aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão”²⁴⁸.

Para demonstrar que a atribuição de sentido ao texto (processo compreensivo-interpretativo) ocorre em um único momento (*applicatio*), entende-se importante descer das abstrações filosóficas e ver como elas se relacionam com um exemplo prático. Veja-se a seguinte situação ligada à atividade registral imobiliária: ao alterar o §1º, do artigo 1.331, do Código Civil, a Lei 12.607, de 04 de abril de 2012, estabeleceu que “os abrigos para veículos não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio”. Esse dispositivo traz um desafio a ser enfrentado pelo intérprete: quem são as “pessoas estranhas ao condomínio” referidas no texto?

Para responder a essa pergunta a partir da perspectiva hermenêutica deve-se ter em consideração que o intérprete, tendo em vista a inexistência de grau zero de

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 220.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 264.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 265.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 421. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 423. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

²⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 432.

sentido, parte das suas pré-compreensões sobre o fenômeno para reconstruí-lo. No caso em análise, por se estar tratando de direitos reais, o ponto de partida (e também de controle²⁴⁹) da interpretação deve ser tanto as características que estruturam a propriedade horizontal como direito real²⁵⁰ quanto o sistema de constituição, declaração, transmissão e extinção de direitos reais sobre imóveis, que, conforme foi visto no capítulo anterior, demanda a inscrição do título no registro de imóveis competente.

Para bem fundamentar a resposta à pergunta acima também é imprescindível ter presente o momento e a forma de constituição do condomínio por unidades autônomas, o que possibilitará visualizar a diferença existente entre a propriedade horizontal e o condomínio. A propriedade horizontal, direito real autônomo, é constituída, fundamentalmente, para possibilitar a alienação das unidades imobiliárias a diferentes pessoas, e, embora atinja a plenitude das suas funções com o surgimento do condomínio, poderá existir independentemente dele, pois a autonomia das unidades está relacionada ao objeto e não ao sujeito, sendo essa diferença, aliás, que possibilita que apenas um proprietário requeira o registro da sua instituição²⁵¹, constituindo o novo direito. Por sua vez, o condomínio por unidades autônomas, como instituto jurídico que se forma com a pluralidade de proprietários das diferentes unidades, passará a existir apenas após os registros da propriedade horizontal e das transmissões das unidades que o compõem²⁵².

²⁴⁹ É importante ter presente que, diferentemente do processo de interpretação que faz o cidadão, em que o “controle” de atribuição de sentido é, de certa forma, “mais livre”, o intérprete imbuído da função pública (como é o caso do registrador de imóveis) está – ou deveria estar – sob um controle de atribuição de sentido muito mais rigoroso, pois, ao agir, não age em nome próprio como o cidadão. Age em nome da coletividade através dos poderes que a coletividade concedeu ao Estado e que, por sua vez, o Estado lhe concedeu. Em razão disso, deve haver formas institucionais e não institucionais (veja-se o papel da doutrina, por exemplo) de controle da interpretação/decisão do agente público.

²⁵⁰ Dentre outros autores, tratam a propriedade horizontal como direito real: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 289; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 361; BOTTEGA, Jéverson Luís. **A propriedade horizontal em perspectiva de direito comparado: Portugal e Brasil**. São Paulo: Quinta, 2020. p. 50-54.

²⁵¹ Conforme enfatizam Nisske Gondo e J. Nascimento Franco, “a propriedade horizontal é um direito autônomo que se distingue preferencialmente por suas próprias características e nem sempre resulta de um condomínio, pois o proprietário único de um edifício pode submetê-lo ao sistema da propriedade horizontal, bem como outorgar a convenção e o regulamento, surgindo, em lugar de uma só propriedade (o edifício), diversas unidades que podem ser alienadas ou oneradas isoladamente. Em suma, é a propriedade de unidades privativas (e não de proprietários) que dá origem à propriedade horizontal”. FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisske. **Condomínio em edifícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

²⁵² BOTTEGA, Jéverson Luís. **A propriedade horizontal em perspectiva de direito comparado: Portugal e Brasil**. São Paulo: Quinta, 2020. p. 38-39.

Verifica-se, pelo exposto, que o condomínio é formado pelos proprietários das diferentes unidades autônomas que constituem a propriedade horizontal. Portanto, como consequência, só se considera integrante do condomínio o proprietário de unidade autônoma, o que remete à (neste momento) óbvia conclusão de que todas as pessoas que, quando da celebração do negócio jurídico de aquisição do abrigo para veículos, não constem no álbum imobiliário como proprietários de unidades que compõem determinada propriedade horizontal são consideradas estranhas ao condomínio.

Entretanto, o que se pretende demonstrar com esse exemplo, além de indiretamente chamar a atenção para o fato de que a interpretação decorre das estruturas prévias da compreensão que o intérprete possui do fenômeno jurídico interpretado (exercício hermenêutico), é que, diante da incindibilidade entre compreensão, interpretação e aplicação, podem existir hipóteses de aplicação do §1º, do artigo 1.331, do Código Civil, em que a solução acima indicada não se mostrará adequada. É o caso, por exemplo, da alienação de abrigo para veículos em uma propriedade horizontal destinada a funcionar como edifício-garagem, no qual todas as unidades são abrigos para veículos. Nessa hipótese, a restrição de alienação a pessoas estranhas ao condomínio geraria um desarrazoado direito de preferência entre os condôminos, o que não se compatibiliza com as características da propriedade horizontal. Da mesma forma, nos casos em que a propriedade horizontal é formada por conjuntos de edificações, que possuem independência administrativa e terrenos de uso exclusivo, se o abrigo para veículo integrar um dos subcondomínios, formado apenas por vagas de estacionamento, pelos mesmos motivos acima indicados, não caberia impedir a alienação a pessoas estranhas ao condomínio.

As hipóteses levantadas evidenciam a superação da tese de que a interpretação se dá por subsunção, como se os sentidos do texto sempre se antecipssem e o momento da aplicação se reduzisse a uma mera capitulação²⁵³. Se fosse assim, qualquer situação de alienação de abrigo de veículo para quem não é condômino não poderia ser pactuada/registrada. Por não ser previamente dado, o sentido do texto (a norma) somente aparece ao intérprete em referência a um

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 168.

determinado caso (é no contexto fático que o sentido é atribuído às palavras), não havendo atribuição de sentido fora de uma situação concreta e dissociada da tradição do pensamento jurídico acessada pela compreensão do intérprete²⁵⁴. É, ao fim e ao cabo, a inserção do mundo prático²⁵⁵ (faticidade) no conhecimento teórico, lição que se extrai da hermenêutica filosófica²⁵⁶.

A partir do exemplo estudado é possível afirmar, ainda como mais segurança, que o direito não pode ser analisado sem que seja posto em relação com o caso (não há conceitos sem coisas²⁵⁷) e que, diante da diferença ontológica entre texto e norma²⁵⁸, a aplicação do direito não se dá nem subsuntivamente²⁵⁹, nem dedutivamente²⁶⁰. Nesse contexto, cumpre destacar que é tarefa da CHD, conforme destaca Streck²⁶¹,

romper com as diversas concepções que se formam à sombra da hermenêutica tradicional, de *cunho objetivista-reprodutivo*, cuja preocupação é de cunho epistemológico e metodológico, separando conhecimento e ação, e buscando garantir uma ‘objetividade’ dos resultados da interpretação, como se pode notar em autores como Coing, Betti e Canaris, que não acompanham a viragem ontológica heideggeriana-gadameriana. [...] Avançar para além dos modelos objetificantes-reprodutivos; ir além da subsunção; superar os

²⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 429-430.

²⁵⁵ A teoria do mundo prático (de ser-no-mundo, de pré-compreensão, da diferença ontológica), conforme Stein, “nos permite distinguir entre a dimensão entitativa do empírico e uma dimensão mais profunda – ontológica –, justamente a dimensão em que o entitativo sempre mergulha e a partir do qual é compreendido”. Apresentação do livro: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 22.

²⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 433.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 167.

²⁵⁸ Calha ainda referir que tal diferença denuncia o problema que, segundo Streck, está na raiz das teorias jurídicas desenvolvidas no plano analítico da linguagem, que buscam resolver os problemas dos textos com outros textos (verbetes jurisprudências, enunciados de fóruns de juristas), prática ainda dominante na dogmática jurídica objetificadora. Esse problema também se verifica no âmbito dos serviços notariais e de registro, que se habituaram a operar com base em atos administrativos editados pelos órgãos fiscalizadores (Corregedorias Gerais, Nacional e Estaduais). Toda vez que surge uma nova lei os delegatários se tornam “órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles o que é que a lei diz (ou ‘quis dizer’)”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 66 e 264.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 222 e 225.

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 422. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 225-227.

modelos sustentados no solipsismo: é a intenção deste trabalho de construção de um discurso crítico acerca do pensamento dogmático do direito. [...]. Sua tarefa também é a de denunciar – constantemente – a tradição inautêntica (no sentido que Gadamer dá a essa palavra) do direito. Essa tradição inautêntica (que equipara vigência e validade, texto e norma, e que se sustenta em raciocínios subsuntivos e dedutivistas) está fundamentada em uma espécie de *positividade ôntica*, mediante a constituição de uma dimensão antepredicativa para o direito, obstaculizando, desse modo, a verdade ontológica, que somente ocorre quando a verdade ôntica adquire sentido – um sentido de ser-no-mundo (o ser-no-mundo é que diferencia a verdade ôntica da verdade ontológica). (grifo do autor).

A citação acima consolida os objetivos da CHD no que se refere ao rompimento tanto com as teses objetivistas quanto subjetivistas da interpretação do Direito, bem como indica outro objetivo da teoria proposta por Streck: denunciar as tradições inautênticas do direito, pois é do sentido que o intérprete tem dos fenômenos jurídicos que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema²⁶². Ora, se a diferença ontológica, no sentido que lhe dá a fenomenologia hermenêutica, remete à ideia de que o ser é sempre o ser de um ente e, em razão disso, o processo de interpretação, através do qual o intérprete atribui sentido ao texto, fazendo exsurgir a norma, depende da situação hermenêutica do intérprete e da tradição em que está inserido, a autenticidade das suas pré-compreensões sobre o fenômeno interpretado é condição de possibilidade para que a interpretação realizada possa ser considerada correta.

Diante do exposto, é fundamental ter presente a diferença entre pré-compreensão e pré-conceito, como forma de demonstrar que as pré-compreensões não são controladas pelo intérprete e, conseqüentemente, identificar o caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica. Segundo Streck²⁶³,

nas leituras que se fazem da hermenêutica filosófica, há visivelmente uma confusão entre pré-compreensão e pré-conceitos, subjetivando-a [...]. Se a pré-compreensão (Vorverständnis) fosse do 'intérprete' (enfim, fosse ela 'pessoal', do sujeito do esquema S-O), a hermenêutica de Heidegger e Gadamer não seria nenhuma novidade. Seria, pois, uma repetição das teses da filosofia da consciência. A grande questão é que essa compreensão é um acontecimento incontrolável: não pode ser dominado pelo sujeito. E

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 229.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 208.

é, por pressuposto, intersubjetiva, já que suas condições se dão pela sua constituição linguística e pelos componentes da tradição.

Conforme se pode constatar a partir do *linguistic turn*, a linguagem só é eficiente no processo comunicativo para significar coisas, inclusive o Direito, por não estar à disposição dos sujeitos. Se os sujeitos pudessem atribuir às palavras o sentido que quisessem, não existiria comunicação. Por depender da linguagem, o processo de atribuição de sentido ao texto legal também é intersubjetivo (esquema sujeito-sujeito), não sendo permitido que, ao interpretar, se atribua sentido ao texto de acordo com a vontade do intérprete (dizer, por exemplo, que, onde no texto está escrito “e” deve ser lido “ou”). O mesmo ocorre com a tradição e a historicidade do direito através da qual as pré-compreensões são formadas. Diferentemente dos pré-conceitos, que são subjetivos (esquema sujeito-objeto), as pré-compreensões são produtos da relação intersubjetiva que o intérprete tem do mundo²⁶⁴, motivo pelo qual a hermenêutica, de cariz filosófico, é antirrelativista²⁶⁵.

Por fim, é importante referir que nem todas as pré-compreensões podem ser consideradas autênticas. Quando os intérpretes não olham o fenômeno (a “coisa mesma”) de forma adequada correm o risco de criar um entulhamento de sentido, comprometendo a interpretação. E, se for assim, não será o fato de a pré-compreensão (inautêntica) ser longeva que lhe conferirá validade. Conforme lembra Pereira²⁶⁶, Gadamer, em nenhum momento, defende “que os acordos que já se dão há algum tempo continuem existindo e sendo válidos somente pelo tempo de conservação. A abertura para que haja a ‘superação’ de preconceitos negativos é recorrente no pensamento de Gadamer.” Daí a importância de se olhar as fundamentações/motivações das decisões judiciais/administrativas, pois é nelas que

²⁶⁴ Para que haja uma compreensão autêntica nos termos proposto por Gadamer “a interpretação conterà, em primeiro lugar, uma possível referência a outras interpretações, pois, embora os conceitos possuam uma mobilidade histórica, isto é, o seu sentido se modifique, essa modificação não ocorre de um modo que tal sentido se desvincule da coisa em questão. Portanto, aqui não há *relativismo*”. PEREIRA, Viviane Magalhães. Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”: hermenêutica como teoria filosófica. **Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 171, 2015. Entende-se importante destacar, desde já, que essa característica da hermenêutica filosófica (interpretação construída a partir da referência de outras interpretações) é identificada na tese do Direito como integridade de Ronald Dworkin, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 236.

²⁶⁶ PEREIRA, Viviane Magalhães. Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”: hermenêutica como teoria filosófica. **Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 174, 2015.

as pré-compreensões inautênticas são percebidas, o que denuncia a impossibilidade de se pensar em qualquer decisão jurídica que não seja fundamentada/motivada.

3.2 O paradigma jurídico da crítica hermenêutica do direito

Identificada a inexorável presença da hermenêutica em nossa forma de interpretar é possível desamararr alguns nós presentes na dogmática jurídica, tarefa que remete o estudo ao paradigma jurídico da CHD. Para os objetivos deste trabalho entende-se importante demonstrar: a) como a filosofia analítica, em que pese não seja suficiente, por si só, para desenvolver uma teoria do direito livre do elemento discricionariedade, pode ser utilizada para aprimorar a fundamentação da decisão jurídica; b) que a (suposta) superação do positivismo, com o reconhecimento de que o “legalismo morreu”, não é suficiente para afastar o elemento discricionariedade da interpretação.

Conforme foi tratado no subcapítulo anterior, as contribuições da filosofia analítica da linguagem para o Direito, especialmente em sua vertente pragmática, que denuncia o solipsismo, são inegáveis. Contudo, por estar excessivamente limitada à análise da linguagem (a analítica trabalha com o significado, unidade mínima da linguagem, ao passo que a hermenêutica está preocupada com o sentido²⁶⁷), quando utilizada como vetor de racionalidade de teses jurídicas acaba levando o jurista a apostar no desenvolvimento de métodos de interpretação como forma de controlar a expansão linguística provocada pela diferença (ontológica) entre texto e norma, desconsiderando outros elementos que são fundamentais para que a interpretação de proposições jurídicas não seja realizada de forma discricionária. Streck²⁶⁸ trata do tema da seguinte forma:

E de que modo as teorias analíticas pretendem controlar a ‘expansão linguística’ provocada pela descoberta da cisão da norma com relação ao texto? A resposta é simples: pela metodologia (ou pela argumentação, mas contemporaneamente). Algo como ‘racionalizar’ o subjetivismo (enfim, a razão prática). No fundo, um retorno à velha jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*), [...]. A diferença é que agora não se realiza mais uma pirâmide formal de conceitos para apurar o sentido do direito positivo; ao revés, utiliza-se o intérprete como ‘canal’ através do qual os valores sociais invadem o

²⁶⁷ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 53.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 204.

direito, como se o sujeito que julga fosse o fiador de que as regras jurídicas não seriam aplicadas de um modo excessivamente formalista. Ocorre que, ao permanecer no campo da semanticidade, os juristas que se inserem nesse contexto (na verdade, a maioria) são obrigados – sob pena de autodestruição de seu discurso – a admitir múltiplas respostas na hora da decisão. Nada mais evidente: se as respostas contêm incertezas designativas/significativas, há que se admitir uma pluralidade de sentidos (no campo da semântica, é claro). Só que isso denuncia a cisão entre interpretar e aplicar. (grifo do autor).

Nos termos estudados no subcapítulo anterior, a abordagem hermenêutica proposta pela CHD, ao considerar a dimensão histórica no processo de compreensão, busca superar as insuficiências da filosofia analítica apresentando ao intérprete um ferramental que o permita romper com o processo de entificação do ser, próprio do pensamento dogmático-jurídico sustentado em um universo de conceitos, aplicados por subsunção/dedução, que esconde a singularidade da coisa²⁶⁹. Seria possível, entretanto, pensar em utilizar certas ferramentas da analítica, junto com a hermenêutica, no âmbito da explicitação do compreendido, ou seja, no *logos* apofântico, no qual a argumentação é de segundo nível de racionalidade. Nesse sentido, Streck²⁷⁰ afirma:

Assim, o ponto fucral é esse: a hermenêutica aponta para uma dimensão que outras propostas filosóficas não apontam ou desconsideram, simplesmente. Por isso há um privilégio daquela em relação a estas. Privilégio, não exclusividade. Do mesmo modo, nunca se pregou uma exclusão da argumentação ou até mesmo da retórica. Pelo contrário, tais elementos são importantes e reconhecidos, só que ajustados em outro nível. Dizem respeito ao momento explicitativo: apofântico. Por isso, interpretar é explicitar o compreendido. Nenhum hermeneuta que tenha lido Gadamer ignora estratégias argumentativas ou as dimensões retóricas do discurso. Mas isso se dá num momento em que a compreensão já aconteceu, antecipadamente. De novo, aqui, o importante é apontar para algo anterior, que condiciona a própria construção do argumento. Não se desconsidera a argumentação. Apenas se diz que olhar o fenômeno jurídico apenas pela via da argumentação significa esconder toda a camada anterior em que a compreensão verdadeiramente aconteceu.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 222-223.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 207.

Pelo exposto, é possível concluir que fundamentar uma decisão não é um problema de metodologia ou de procedimento argumentativo²⁷¹, que permitem que as convicções se modifiquem a partir dos argumentos (retóricos, persuasivos, não concludentes) apresentados. Contudo, o fundamento da decisão, construído hermeneuticamente (racionalidade compreensiva estruturante do sentido), pode ser aprimorado a partir de uma racionalidade discursiva-argumentativa que “garanta uma orientação de validade intersubjetiva”²⁷², o que, de certa forma, demonstra a incidibilidade entre os níveis hermenêutico e o apofântico²⁷³.

Ao explicitar o que foi compreendido (entificação minimamente necessária para a comunicação²⁷⁴) o intérprete pode lançar mão de técnicas lógico-argumentativas, como “ferramentas para organizar o pensamento”²⁷⁵, sendo, portanto, “perfeitamente compatível com a hermenêutica, desde que não se situe como elemento ‘construtor’ do próprio conhecimento (mundo compartilhado na pré-compreensão)²⁷⁶”. Portanto, o que não se considera hermeneuticamente correto é centralizar o processo interpretativo do direito, diante da sua complexidade, na análise do enunciado (no sentido das palavras), como propõem as teorias da interpretação atreladas à tradição da filosofia analítica, pois “o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré) compreensibilidade da significância”²⁷⁷. Este segundo nível de racionalidade (o *como* apofântico, manifestativo, argumentativo, lógico) tem lugar quando o intérprete já compreendeu, ou seja, quando o primeiro nível de racionalidade (o *como* hermenêutico, que sempre vem pressuposto como condição de possibilidade) já

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 240.

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 238.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 166.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 166.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 237.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 163.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 235.

atuou²⁷⁸, diferença que a dogmática jurídica, presa a *standards* de racionalidade baseados na entificação, não é capaz de identificar²⁷⁹.

O segundo nó presente no senso comum que a CHD nos auxilia a desatar está relacionado à confusão presente na dogmática a respeito da superação do positivismo jurídico com a afirmação de que o legalismo morreu, como se essa descoberta fosse nova e capaz de afastar o grande problema das teorias positivistas no que se refere à decisão jurídica: a discricionariedade. As formulações originais do positivismo jurídico (exegetismo francês, jurisprudência dos conceitos alemã e jurisprudência analítica inglesa)²⁸⁰, influenciadas pelo cientificismo, tentavam alcançar uma objetividade por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante. Nas formulações originais do positivismo, o Direito se interpreta de forma descritiva, sob um ponto de vista externo²⁸¹ e apartado da moral.

Conforme destaca Streck, no que se refere à interpretação do direito, a principal característica desse primeiro momento do positivismo jurídico “será a realização de uma análise que nos termos propostos por Rudolf Carnap (1971), poderíamos chamar de sintática. Nestes casos, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Códigos) seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito”²⁸².

Ocorre, contudo, que o próprio positivismo supera a sua proposta original, que, por desconsiderar a polissemia das palavras, não dava conta de resolver o problema da indeterminação do sentido do Direito que se apresenta no momento da interpretação da lei. É nesse ambiente que Hans Kelsen, ao constatar que o problema da interpretação é muito mais semântico do que sintático, desenvolve a sua teoria pura do Direito.

Entretanto, ao desenvolver a sua tese, o mestre de Viena, por considerar o elemento subjetivo inexorável à realização concreta do Direito²⁸³, separa o Direito (interpretação como ato de vontade) da Ciência do Direito (interpretação como ato

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 230 e 231.

²⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 161.

²⁸⁰ Sobre a fase “primeva” do positivismo, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 32-34.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 178.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 201.

²⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387.

de conhecimento), que estaria liberta de qualquer conteúdo moral²⁸⁴. Como positivista, Kelsen mantém a separação entre o Direito e a moral (com o objetivo de manter o direito em um solo lógico rigoroso, lastreado na convicção de que não é possível fazer Direito a partir de uma casuística razão prática²⁸⁵), mas apenas no plano da Ciência do Direito, local em que se situaria o espaço para o objetivismo. No plano da aplicação, Kelsen aceita que o julgador, ao agir em nome do Estado, estaria legitimado a decidir de forma discricionária e suas decisões, assim como a lei, também seriam norma²⁸⁶.

Com base nessa construção, aceita-se (de forma equivocada) que duas (ou mais) decisões sobre casos semelhantes podem ser consideradas corretas, pois são oriundas da interpretação (da lei, do ato normativo, da cláusula contratual etc.) feita individualmente pelo órgão decisório, que estaria autorizado pelo Estado a decidir dentro de certos limites (moldura dentro da qual existiriam várias hipóteses de aplicação²⁸⁷) ou, quiçá, fora deles (como Kelsen admite ao desenvolver a ideia de interpretação autêntica²⁸⁸, na qual o julgador decide fora da moldura, de acordo com as suas convicções pessoais).

O positivismo normativista kelseniano é aprofundado por Herbert Hart²⁸⁹ na sua tese das fontes sociais²⁹⁰. Sendo o Direito identificado por uma prática social

²⁸⁴ Conforme destaca Streck, em Kelsen “há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua ‘aplicação’, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*. Devido a característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurtem de uma *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer: a relação entre as proposições é, essa sim, meramente *sintática*.” Acrescenta-se, ainda, que, ao identificar que quem aplica a lei não tem nenhum método que possa assegurar que uma interpretação é melhor que outra, Kelsen “abandona o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’.” Verifica-se, pelo exposto, que, em Kelsen, a pureza está na ciência do direito e não no direito. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 35-36.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 130. Livro eletrônico.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 201-202 e 206.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

²⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 394.

²⁸⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

complexa (regra de reconhecimento²⁹¹), sua validade não dependeria de sua aceitação moral²⁹² e, diante da indeterminação semântica de suas regras a um caso específico, teria o juiz discricionariedade para decidir²⁹³. Diferentemente de Kelsen, que não distinguia a aplicação do Direito entre casos fáceis e casos difíceis, em Hart, a atribuição discricionária de sentido ao texto legal pelo julgador, que atuaria como se fosse um legislador intersticial, só estaria autorizada (pela regra-mestra fundamental aceita por convenções sociais²⁹⁴) nos casos difíceis, nas chamadas zonas de penumbra da lei, pois, nos demais casos, o jusfilósofo inglês continuava apostando no plano descritivo²⁹⁵.

Diante do exposto, é possível perceber que dizer que o legalismo precisa ser superado, como se identifica, por exemplo, nos autores que fazem a dicotomia

²⁹⁰ Segundo a tese das fontes sociais do direito, o fundamento das normas jurídicas reporta-se, em última instância, a uma questão de fato, pois a sua validade é estabelecida por sua relação com outra regra, independentemente do seu conteúdo ou de seu mérito. Portanto, o critério é formal, ou seja, não conteudístico, do que decorre a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 60, jan./abr. 2018.

²⁹¹ Conforme Kozicki e Pugliese, “dentro da leitura hermenêutica que realiza do Direito, Hart assenta sua fundamentação em uma teoria do reconhecimento, baseada na concordância interior dos sujeitos participantes (elemento psicológico de definição) e aliada à existência de uma regra de reconhecimento, fornecedora de critérios empíricos e/ou contextuais. Ao sustentar a obrigação jurídica na concordância do participante (o chamado ponto de vista interno, a adoção da norma jurídica como padrão de comportamento), Hart identifica um livre querer do sujeito jurídico. Nesta ótica, apenas uma parte dos participantes (aqueles que adotam um ponto de vista externo frente ao sistema) seria constrangida à aceitação da regra por temor à sanção que adviria do seu descumprimento”. KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 25.

²⁹² Para Hart, a regra de reconhecimento é aceita independente dos méritos morais e avaliativos delas, ocorrendo o mesmo com as instituições que constituem o direito. Nessa perspectiva, “o direito de uma comunidade é constituído por um conjunto de *standards* reconhecidos como válidos exclusivamente em função de sua origem numa autoridade”. Usando a expressão cunhada por Dworkin, as normas jurídicas têm sua validade e sua juridicidade garantidas exclusivamente em razão de seu *pedigree*. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 4.

²⁹³ Hart responde ao problema da textura aberta do direito, que seria uma decorrência da textura aberta da linguagem, reconhecendo um poder discricionário aos juízes: “A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”. HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 175.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 60, jan./abr. 2018.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 178.

positivismo-jusnaturalismo²⁹⁶, não é suficiente para afastar o elemento discricionariedade da decisão jurídica. Como se demonstrou, as teorias positivistas já avançaram em relação a sua formulação original. Contudo, nesse processo de superação do objetivismo, acabaram por instituir o império de decisões solipsistas, provenientes de interpretações/aplicações do direito eivadas de subjetivismo, erro que foi mantido pelas diversas teorias ditas pós-positivistas, que, sustentadas em uma razão prática²⁹⁷, ainda estão presas ao esquema sujeito-objeto, das quais são exemplos, conforme destaca Streck²⁹⁸ “os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um ‘positivismo fático’), a ponderação de valores (pela qual, pelo menos em *terrae brasilis*, o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc.”²⁹⁹. Daí que, para a CHD, só será possível superar a discricionariedade a partir da ruptura com as teorias jurídicas apoiadas no esquema sujeito-objeto, introduzido pela filosofia da consciência³⁰⁰, pois aí está a origem do voluntarismo.

Ao identificar às insuficiências do positivismo e das teorias ditas pós-positivistas, a CHD aposta na relação entre a hermenêutica (filosófica), como forma de alcançar um compromisso intersubjetivo na interpretação dos fenômenos jurídicos, e a teoria da Direito como integridade de Ronald Dworkin, que, conforme destaca Streck, “ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 197.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 201.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 198.

²⁹⁹ Importante destacar que a discricionariedade do julgador também estava presente no positivismo exegético. Contudo, tratava-se de uma discricionariedade de outro nível, pois estava estruturada nas falsas crenças de que o sentido está nas coisas, cabendo ao intérprete extrair delas o sentido (metafísica clássica), e de que a lei abarca todas as possibilidades de aplicação. A presença do elemento discricionariedade mesmo no positivismo exegético pode ser constatada a partir do primeiro giro da filosofia da linguagem, que denunciou o problema da imprecisão dos signos linguísticos, evidenciando que o ato de aplicar a letra da lei remete ao voluntarismo do intérprete, presente em ideias como a de *mens legis*, por exemplo. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 205.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 206.

uma blindagem contra discricionariedades (pode-se chamar isso de ‘segurança jurídica’)³⁰¹. Ainda segundo Streck³⁰²,

é em Dworkin – com ele e indo além dele – que podemos projetar de modo mais significativo uma teoria do direito num sentido *pós-positivista*. Há pontos comuns entre o que Dworkin propõe para o direito e a hermenêutica filosófica gadameriana, v.g.: além da coincidência entre a correção da interpretação em Gadamer e a tese da resposta correta em Dworkin, podemos apontar, também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, como o significado prático dado à tarefa interpretativa; de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo *mundo prático* operada pela tradição hermenêutica. (grifo do autor).

Ao contrário das teorias positivistas, que separam o Direito e a moral e veem o Direito como ciência descritiva (partem do pressuposto de que é possível descrever o objeto – o Direito – com neutralidade), e da maioria das teorias pós-positivistas, que utilizam o intérprete para inserir valores sociais no Direito, apostando na “razão” de quem decide, na proposta de Dworkin não há separação e nem sobreposição, mas cooriginariedade entre Direito e moral. O reconhecimento de Dworkin da cooriginariedade entre Direito e moral causa a falsa impressão de filiação do autor ao Direito natural. Contudo, ao contrário dos jusnaturalistas, Dworkin não subordina o Direito à moral e, diante da inexorável ligação entre ambas, identifica a necessidade de fazer um controle da decisão, para evitar que a referida cooriginariedade abra as portas para a discricionariedade. Em Dworkin, esse controle se faz por princípio (que fecha a interpretação) e não por moralidade (que remete à discricionariedade). Isso porque, se o Direito existe para resolver desacordos morais, eventuais desacordos na sua interpretação devem ser resolvidos por critérios que, obviamente, não sejam morais. Conforme destaca Streck³⁰³,

a partir de Dworkin, é possível dizer que Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram necessariamente, respostas nas leis, nos

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 361.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 112-113.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 65. Livro eletrônico.

princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo.

Dworkin vê o Direito como ciência interpretativa, pois o estudo conceitual não tem como ser meramente descritivo. “Estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação”³⁰⁴. Isso não quer dizer que os julgadores devem decidir de acordo com a sua moralidade, permitindo que o Direito seja tomado por moralismos pessoalistas/consequencialistas³⁰⁵. Para decidir, o agente deve buscar identificar a fonte moral enraizada (institucionalizada) no fenômeno jurídico (cooriginariedade entre direito e moral). Sobre esse ponto, Streck³⁰⁶ chama a atenção para o fato de que o grande diferencial do conjunto da obra de Dworkin, no que se refere à pretensão de ruptura com o juspositivismo,

está no reconhecimento do Direito como atividade interpretativa (conceito interpretativo) sem que isso represente a defesa de posturas relativistas no julgamento dos casos. Ao contrário, a percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica – para afirmar a existência de respostas corretas em Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. Neste processo o que está em jogo é o valor/sentido da própria prática. Ou seja, sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor argumentação.

Verifica-se, pois, que, para Dworkin, o Direito é uma prática interpretativa, cujo “significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele envolve uma complexa

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 69, jan./abr. 2018.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 66. Livro eletrônico.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 33.

teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação”³⁰⁷. E essa forma de ver o fenômeno jurídico é construída por Dworkin a partir de sua crítica ao positivismo jurídico³⁰⁸, que, segundo o jusfilósofo americano, transformam o Direito em um “modelo de e para um sistema de regras”, perspectiva que esquece o fato de que no Direito existem importantes *standards* que não são regras³⁰⁹.

A estratégia de Dworkin em seu *general attack* ao positivismo foi organizada entorno do fato de que quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, como defendem os positivistas, mas operam diferentemente, como princípios (reconhecidos pela comunidade como norteadores de suas práticas), políticas e outros tipos de padrões³¹⁰.

Conforme destaca Macedo³¹¹,

Dworkin procura mostrar que, no funcionamento dos princípios, o ‘*point* (ou intencionalidade) moral do direito’ fica particularmente evidenciado. Ademais, é certo que os princípios são um tipo de regra num sentido amplo, porquanto estabelecem uma medida de avaliação de um determinado comportamento de acordo ou em desacordo com determinando padrão (regra). Contudo, as regras em sentido estrito, que funcionam como uma gramática do ‘tudo ou nada’, não capturam a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico que Dworkin procurará evidenciar, em contraste com a visão positivista.

Assim, a ideia de um conjunto de padrões fixos no Direito deve ser rejeitada, pois é insuficiente para resolver as controvérsias³¹². Além disso, dificulta o acesso do

³⁰⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 15.

³⁰⁸ Dworkin desenvolveu a sua teoria interpretativista do direito a partir de críticas ao fato de os positivistas serem incapazes de construir um método apropriado para interpretar o direito. Tais críticas foram apresentadas, primeiramente, em “O Modelo de Regras II”, mas completamente desenvolvida somente em “O império do direito”. SHAPIRO, Scott J. **O debate “Hart versus Dworkin”**: um pequeno guia para os *perplexos*. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Organizadores: André Coelho, Saulo de Matos e Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 270.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

³¹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 6.

³¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 64.

intérprete ao mundo prático e atribui aos julgadores, nos casos difíceis/controvertidos, o poder de criar novo elemento de legislação (gerando insegurança jurídica).

Em um Direito que segue um modelo de regras, quando essas apresentam falhas/indeterminações, a aplicação do Direito leva à discricionariedade, fazendo com que a decisão (ato estatal, de responsabilidade política) seja o resultado de uma escolha³¹³ (ato de agir estratégico, da razão prática)³¹⁴. E o pior é que, como alertam Streck e Motta, para os positivistas, “como o juiz possui a autoridade, conferida por norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode *legitimamente* dar a decisão que achar a melhor. Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: ‘no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa’”³¹⁵.

De outro lado, o reconhecimento dos princípios como fundamento do Direito e, portanto, vinculativos para os agentes públicos, impede que a decisão jurídica seja discricionária, pois, para Dworkin, mesmo nos casos em que a aplicação da regra jurídica é duvidosa ou quando o caso não é por ela contemplado, o julgador não está autorizado a criar o Direito (um novo elemento de legislação). Isso porque tem o dever (responsabilidade política) de articular/reconstruir, com os princípios³¹⁶, a

³¹³ Sobre a diferença entre escolha e decisão, Streck e Motta afirmam: “A expressão ‘escolha’ é de Hart (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 165). É útil ter presente, desde já, a distinção entre *decisão* e *escolha*. A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a *discricionariedade*”. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 61, jan./abr. 2018.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 388. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 62, jan./abr. 2018.

³¹⁶ Para Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

história institucional do fenômeno jurídico em análise, o que indicará a decisão que melhor favoreça o direito das partes³¹⁷.

Há, portanto, na tese de Dworkin, uma relação de complementaridade entre regras e princípios, sendo que ambos integram o Direito como padrões de julgamento vinculantes. Nessa relação, os princípios têm o papel de outorgar sustentação às regras³¹⁸. Assim, no plano hermenêutico, o princípio só se “realiza” a partir de uma regra, que, devido a sua generalidade e abstração, bem como ao fato de procurar antecipar as ocorrências fáticas num plano ideal que carece de historicidade, são porosas e incompletas, devendo ser preenchidas pelos princípios³¹⁹, que resgatam o mundo prático e fecham a interpretação.

Nesse contexto, ao identificar o fenômeno jurídico como um conjunto de regras e princípios, servindo estes para preencher as regras democraticamente criadas, fechando a interpretação, Dworkin afasta o elemento discricionariedade da decisão jurídica. Isso porque, é dever (moral) do julgador, mesmo quando nenhuma regra regula o caso ou a regra é “indeterminada”, descobrir (a partir da reconstrução da história institucional do fenômeno³²⁰) quais são os direitos das partes, articulando com princípios, e não inventando novos direitos retroativamente (prática que vai de encontro à defesa dos direitos individuais, que são constitutivos da democracia, na qual só os representantes eleitos pelo povo deveriam ter poderes de criação do direito). A esse dever moral do julgador Dworkin dá o nome de responsabilidade política (o julgador é responsável politicamente pelo que faz com os princípios que constituem internamente uma comunidade democrática)³²¹.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 62, jan./abr. 2018.

³¹⁸ Conforme Streck, a regra está subsumida no princípio; o mundo prático ingressa no Direito através dos princípios, isto é, “em sendo o direito formado por textos jurídicos, cada texto jurídico tem uma motivação, ou seja, o enunciado possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*), que não está simplesmente à disposição dos intérpretes do direito”. Como não há ente sem o seu ser, pode-se dizer que há uma diferença entre regra e princípio, mas não uma distinção estrutural, pois uma regra não subsiste isoladamente. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 82. Livro eletrônico.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 244.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 61. Livro eletrônico.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 23. Livro eletrônico.

Sendo uma prática interpretativa, que tem uma fonte social e, também, uma fonte moral, de natureza argumentativa³²², é evidente que surgirão divergências a respeito da interpretação do Direito. Tais divergências, segundo Dworkin, são resolvidas quando o sentido do Direito é interpretado tendo em vista a intencionalidade e a finalidade nele pressupostas (o que se procurou construir no primeiro capítulo deste trabalho ao estudar as características do serviço de registro de imóveis). Como em um empreendimento artístico, “a práxis jurídica somente se torna corretamente inteligível levando-se em consideração o seu *‘point’*, a teia de intencionalidades que coordena o sentido do empreendimento que a constitui”³²³.

Como no Direito, as controvérsias também existem na interpretação de empreendimentos artísticos. Entretanto, isso não quer dizer que todas as interpretações do que é arte são boas. A melhor interpretação será aquela que estiver fundamentada em conceitos que se reportam às práticas, socialmente convergentes e compartilhadas, de reconhecimento do empreendimento em análise. “Assim, se queremos entender o conceito de obra de arte, devemos observar as práticas linguísticas e não linguísticas de reconhecimento do que é uma obra de arte”³²⁴. A interpretação que for realizada nesses termos será a melhor, pois, conforme destaca Macedo³²⁵, para Dworkin,

uma concepção é melhor que outra, e não apenas diferente, quando mais se ajusta adequadamente (*‘Fit’*) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais coerente. Coerência e ajuste adequado (*fit*) são, assim, critérios também socialmente compartilhados, que nos permitem avaliar e julgar a superioridade de concepções rivais sobre um mesmo conceito. (grifo do autor).

³²² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 13.

³²³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 15.

³²⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 15.

³²⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 16.

Verifica-se, portanto, que o critério para a melhor concepção é argumentativo e não convencional, muito embora se apoie em regras sociais em algum momento. “Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional”³²⁶.

Ainda segundo Macedo³²⁷, tal técnica, “de recolher das regras socialmente compartilhadas os conceitos que a partir delas extraímos e procurar a concepção que mais coerente e adequadamente as descreve”³²⁸, não elimina a controvérsia, mas oferece uma teoria da controvérsia sem a qual não conseguimos bem descrever o que é o Direito, e isso, para Dworkin, não implica falta de objetividade.

O esforço de Dworkin pela objetividade na interpretação aparece em suas obras a partir da defesa de certos elementos, tais como: moralidade política (construção de uma moral não relativista); responsabilidade política do julgador (para promover a igualdade); interpretação jurídica em cadeia (vinculação do julgador a casos passados e comprometimento com as especificidades da controvérsia)³²⁹. Nesse cenário, coerência e integridade são mecanismos que servem de garantia contra arbitrariedades. Conforme destaca Streck³³⁰, a ideia nuclear de coerência e integridade é a concretização da igualdade, ou seja, tratar a todos equanimemente, impedindo o chamado “drible hermenêutico” (o decido conforme a minha consciência). Ainda segundo Streck³³¹,

isso significa que os diversos casos serão julgados com igual consideração. Analiticamente, pode-se dizer que: a) coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve

³²⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 17.

³²⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 17.

³²⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito, p. 17.

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 33.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 34.

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 34.

guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; e b) integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la. (grifo do autor).

Portanto, decidir com coerência e integridade exige que o agente (i) construa os conceitos, reconstrua e teste argumentativamente as concepções que melhor se ajustam ao conjunto do Direito (a fim de alcançar uma resposta correta), bem como (ii) decida, em casos semelhantes, de forma equânime (coerência)³³² ou fundamentada, à luz da integridade do Direito, os motivos que o levaram a decidir de forma diferente³³³. Conforme Dworkin, tais circunstâncias assemelham a interpretação do Direito a um exercício literário de escrita de um romance em cadeia, no qual diversos autores escrevem um texto literário em sequência, devendo, cada um, respeitar o sentido e as intencionalidades que foram desenvolvidas pelos escritores antecedentes³³⁴, perspectiva que impede que o autor seguinte proceda de modo subjetivista. Assim como o exercício literário de escrita de um romance em cadeia requer uma teoria substantiva do que é literatura e o desenvolvimento coerente da trama, o Direito também requer uma teoria substantiva, cuja justiça seja o seu princípio estrutural e as decisões (e não escolhas) sejam íntegras e coerentes.

É visível, pois, que a teoria de Dworkin, ao limitar a atuação dos julgadores, que deverão decidir com coerência e integridade, está umbilicalmente ligada à democracia, se constituindo em verdadeira garantia contra arbitrariedades interpretativas e atitudes solipsistas-voluntaristas³³⁵. Há, em Dworkin e na hermenêutica trabalhada na CHD, a verdadeira superação do positivismo, na medida em que a imbricação de tais teorias permite superar os seus elementos

³³² STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 95. Livro eletrônico.

³³³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 96. Livro eletrônico.

³³⁴ Conforme refere Streck, a interpretação como um romance em cadeia afasta o convencionalismo positivista (o intérprete não pode ser “um autor sem passado”), mas também o pragmatismo realista, que “sustenta um desapego às convenções e à tradição, cada decisão é nova, em vez de intérpretes, seriam apenas autores”. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 62. Livro eletrônico.

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 93. Livro eletrônico.

fundantes³³⁶ (a teoria das fontes sociais, a cisão entre direito e moral e a discricionariedade do julgador), bem como o seu sustentáculo: “o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertórios, o ‘mito do dado’)”³³⁷.

3.3 Crítica hermenêutica do direito e a sua preocupação de fundo: o dever do agente público em chegar a respostas corretas em direito

Conforme foi desenvolvido até aqui, a imbricação feita pela CHD entre as filosofias de Heidegger e Gadamer e a teoria jurídica de Dworkin permite construir caminhos para pensar a decisão jurídica livre do elemento discricionariedade³³⁸. A interpretação construída com base na fenomenologia hermenêutica e na hermenêutica filosófica a afasta das objetividades do texto e das subjetividades do intérprete. Por sua vez, na teoria integrativa do Direito buscam-se os elementos coerência e integridade para blindar a interpretação contra os raciocínios *ad hoc*. Por serem antidiscionárias e antirrelativistas, pode-se dizer, ainda, que as matrizes teóricas que estão na base da CHD possibilitam distinguir pré-compreensões autênticas/legítimas de inautênticas/ilegítimas e decisões boas de decisões ruins³³⁹, proporcionando que o julgador tenha as condições necessárias para dar uma resposta correta à situação que lhe é apresentada³⁴⁰.

Ao alcançar aos agentes responsáveis pela decisão jurídica tal ferramental, a CHD possibilita que as decisões sejam tomadas com a responsabilidade política de obedecer a integridade do Direito, a fim de produzir juízos equânimes e outorgar

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 125.

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 114.

³³⁸ Ambos os pressupostos (filosófico e jurídico) usados pela CHD são “antirrelativistas e antidiscionários, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as ‘contingências’ do Direito”, que seduzem os titulares da decisão jurídica a decidir discricionariamente. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 254.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 30. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 10. Livro eletrônico.

segurança jurídica à comunidade. Os passos adiante da CHD em relação as suas matrizes teóricas estão no desenvolvimento da tese de que a resposta correta é aquela que está ajustada à Constituição³⁴¹ e na constatação de que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a resposta correta é direito fundamental daqueles que são atingidos pela decisão jurídica³⁴², sendo, portanto, dever dos agentes públicos, além de justificar (fundamentar/motivar) conteudisticamente as decisões (art. 93, IX, da CF; art. 2º, par. único, “d”, da Lei nº 4.717/65), empreender os esforços necessários para alcançá-la.

A possibilidade de se chegar a respostas corretas em Direito tem como pano de fundo a discussão sobre a verdade, que, desde a antiguidade, é um dos problemas mais complexos da filosofia³⁴³. O conceito de verdade é trabalhado na CHD também a partir da hermenêutica heideggeriana e gadameriana, o que indica que a verdade é alcançada, não através de métodos lógico-analíticos, mas pela facticidade e existência, ou seja, por aquilo que, conforme refere Streck, “a ‘comunidade’ já compartilha, e que não se pode alcançar em sua total radicalidade: a indisponibilidade histórica dos sentidos”³⁴⁴.

A verdade construída hermeneuticamente não é, portanto, nem uma verdade empírica e nem uma verdade absoluta. Trata-se, sim, de uma verdade que se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem, que exsurge a partir de um a priori compartilhado e da autoridade da tradição, assentando-se, ao superar os paradigmas metafísicos (clássico e moderno), entre a objetividade e a subjetividade³⁴⁵, revelando a “coisa mesma”.

A partir desse esclarecimento filosófico é possível afirmar que as respostas corretas em Direito (verdades construídas a partir da estrutura jurídica que compõe a sociedade) são alcançadas pela melhor interpretação, através da qual o sentido do

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p. 94. Livro eletrônico.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 169.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 385 e 443. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 447-448. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 445-448. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

texto é atribuído intersubjetivamente, e não de forma discricionária em que a legitimação da resposta dada decorre de um argumento de autoridade. Conforme destaca Streck, “a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do ‘esquema sujeito-objeto’, mas sim no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito)”³⁴⁶.

A inadequação de se admitir que as respostas em Direito sejam alcançadas a partir da discricionariedade do intérprete decorre do fato de que as decisões jurídicas são atos de poder praticados em nome do Estado. Quando o agente público decide, ele o faz em nome do Estado, o que pressupõe um comprometimento com a moralidade da comunidade política, colocando em evidência a diferença entre decisão, ato de responsabilidade política (ato estatal), e escolha, ato de razão prática (de agir estratégico)³⁴⁷. Como ato do Estado, não importa quem dá a resposta, mas como ela é dada, o que remete à inexorável conclusão de que os atos das autoridades públicas devem ser controlados/constrangidos pelas leis que determinam suas funções e seus poderes³⁴⁸.

Além disso, em um Estado Democrático, em que o caráter coercitivo do Direito está alicerçado no “acordo moral” de que as decisões seguirão “padrões/princípios jurídicos” e não a “vontade/autoridade do julgador”, não parece admissível aceitar, como defendem algumas teorias jurídicas (por todas, cita-se, como exemplo, o realismo jurídico), a inexistência de respostas corretas (ou a existências de múltiplas respostas corretas)³⁴⁹. Por isso, o ponto de chegada da CHD é estabelecer as condições de possibilidade (critérios) para que o titular da decisão jurídica encontre a resposta correta, o que Streck³⁵⁰ faz a partir da proposta de Dworkin, com alguns acréscimos:

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. p.150. Livro eletrônico.

³⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 387-388. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 37.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 337.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 388. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

Quando criei a tese da necessidade de respostas corretas em Direito (entendidas como respostas adequadas a Constituição), não fiz uma simples adesão à proposta de Dworkin. Isso porque não podemos ignorar a diferença entre o sistema jurídico da *common law* e da *civil law*. Além disso, minha proposta está sustentada nos pressupostos da hermenêutica filosófica gadameriana, sendo que – embora seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin, com o que Rodolfo Arango (1999) também concorda – não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo norte-americano. É claro que Dworkin sofre inegável influência da hermenêutica gadameriana, mormente naquilo que ele denomina de ‘teoria interpretativa’ ou que ‘o direito é um fenômeno interpretativo’. Ou seja, nem subjetivismo, nem objetivismo. Na radiografia das teses principais de Dworkin, aparece a ossatura de Gadamer. Todavia, ter sido influenciado em algum grau não autoriza dizer que Gadamer teria sido a teoria de base ou matriz teórica das teses de Dworkin. A possibilidade de se obter ‘respostas corretas’ não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*. Neste ponto estou de acordo com Arango: a tese da resposta correta somente é factível a partir da hermenêutica filosófica e, acrescento, da Crítica Hermenêutica do Direito. Eis o divisor de águas entre as teorias analíticas e a hermenêutica. (grifo do autor).

Para chegar à resposta correta o intérprete deve articular (hermeneuticamente) o Direito como um todo (leis, princípios, doutrina, precedentes que tenham o DNA constitucional), ou seja, com o sentido de Direito projetado pela comunidade política, pois “não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’”³⁵¹. E é importante ter presente, como nos lembra Streck, que o Direito brasileiro tem uma grande vantagem, no que se refere à discussão sobre princípios e a relação entre Direito e moral, quando comparado a outros sistemas (como o norte-americano, por exemplo), diante do imenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição Federal de 1988³⁵² que cria um *a priori* compartilhado (hermenêutico) da constituição de sentido do texto legal³⁵³, norteando a difícil tarefa de aplicação do Direito.

Por esses motivos, a CHD defende o direito fundamental à obtenção de uma resposta que seja adequada à Constituição, ou, ainda, “uma resposta hermeneuticamente correta em relação à coerência e à integridade do Direito, que

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 117.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 391. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 258.

tem na Constituição o seu alfa e o seu ômega”³⁵⁴. No paradigma hermenêutico-fenomenológico no qual está calcada a CHD, a Constituição é um existencial, ou seja, um ente disponível que faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete e através do qual ele desde sempre se compreende. Portanto, ao interpretar um texto, o sentido da Constituição já está com o intérprete³⁵⁵, manifestando-se no seu modo de compreender o mundo³⁵⁶. Nesses termos, “nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição”, fazendo com que o jurista opere com ela sempre³⁵⁷, pois, se assim não agir, a sua interpretação corre o risco de não passar pela “filtragem hermenêutica”³⁵⁸ por ela operada.

Cumprido alertar, entretanto, que a tese da resposta correta não implica o congelamento definitivo dos sentidos do texto pelo intérprete (como a dogmática insiste em fazer com a reiterada edição de súmulas, enunciados e congêneres). Conforme Gadamer, “uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à infinitude do ser humano e a finitude do conhecimento humano”³⁵⁹. Diante dessa afirmação, parece contraditório exigir uma resposta correta, já que não há interpretação definitiva. Contudo, deve-se ter presente que a correção da resposta ocorre no momento (tempo) em que ela é dada (parada reflexiva). A resposta é correta na *applicatio*³⁶⁰, ou seja, diante da situação que se apresenta³⁶¹ e a partir de elementos como compreensão intersubjetiva do

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 392. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁵⁵ O sentido da Constituição, na condição de texto de validade superior com o qual os demais textos normativos devem se conformar, é de fundamental importância, pois as pré-compreensões inautênticas irão viciar todo o processo interpretativo, conforme já referido no início deste capítulo. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 229.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 260.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 261.

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 268.

³⁵⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 363.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 392. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

fenômeno jurídico, integridade e coerência, todos já trabalhados neste estudo e que servem de proteção contra voluntarismos interpretativos.

Assim, é possível falar em respostas corretas em Direito, ainda que não sejam respostas definitivas. Uma decisão (resposta correta no momento em que foi proferida) servirá de parâmetro para os casos semelhantes, mas isso não significa que não seja possível ajustar a decisão diante do novo caso. Contudo, para alterar o padrão de respostas dadas, rompendo com a coerência, é necessário fundamentar com a integridade do Direito. Daí que faz todo o sentido a ligação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer, que nos fornece os elementos necessários para interpretar os textos legais levando em consideração um *a priori* compartilhado que está sempre em movimento, e a teoria de Dworkin, que, ao reconhecer o Direito como um conceito interpretativo, indica a coerência e a integridade como requisitos necessários para que as interpretações/decisões afastem-se de subjetivismos, relativismos, decisionismos, solipsismos etc.

Entende-se importante ter presente, ainda, que só é possível falar em resposta correta se a autonomia do Direito for reconhecida. Conforme refere Streck, “essa autonomia é ruptural e paradigmática, devendo ser entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza essas e outras dimensões com ele intercambiáveis”³⁶². Em outras palavras, a resposta correta não pode ser influenciada por elementos não jurídicos (moral, política, economia), afetando o pacto democrático³⁶³.

Tal situação impõe ao intérprete “um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 25. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁶³ Streck ainda nos alerta para o fato de que a produção democrática do Direito, outorgada pelas Constituições do segundo pós-guerra, dispensa que os julgadores promovam, ao decidir, correções (morais, econômicas, políticas etc.) no Direito. No novo paradigma, os valores estão nos princípios Constitucionais, produzidos democraticamente e com uma característica que preserva a autonomia do Direito. Portanto, em pleno Estado Democrático de Direito não podemos aceitar que ainda se postule que a luz para a determinação do Direito em concreto provenha da razão do julgador. Como afirma Streck, “não pode haver decisão que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 80, 81 e 138. Livro eletrônico.

plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade”³⁶⁴. A institucionalização da moral no Direito (cooriginariedade) ocorre no momento da formação da lei (fontes de produção) e não da sua aplicação, pois, se ocorrer nesse nível, a autonomia do Direito estará fragilizada. Portanto, a autonomia do Direito depende do reconhecimento de que as dimensões que o engendram não podem ser usadas para “corrigi-lo” no momento da sua aplicação.

É por tais razões que, conforme lembra Streck³⁶⁵, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, precisamos esperar pelo Legislador (por uma nova institucionalização da moral no Direito). Aplicar o Direito quer dizer fazer interpretação com base em argumentos de princípios e não pessoais. Em uma democracia, não se quer saber o que o titular da decisão jurídica pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é a que resposta se pode/deve chegar com base no Direito. Assim, só será possível falar em resposta correta se a autonomia do seu sustentáculo for reconhecida e respeitada, o que remete à necessidade de os titulares da decisão jurídica respeitarem a integridade do Direito e, conseqüentemente, o pacto democrático.

Sobre esse ponto deve-se fazer referência ao alerta de Streck³⁶⁶ ao fato de que a crítica da CHD ao subjetivismo não implica a submissão do intérprete a legislações que firmam a Constituição, entendida em seu todo principiológico. Conforme afirma o jusfilósofo gaúcho, “legislativos irresponsáveis – que aprovem leis de conveniência – merecerão a *censura da jurisdição constitucional*. No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional!”.

Por fim, cumpre referir que a CHD apresenta critérios para que o julgador tenha condições de responder de forma correta as demandas que lhe são dirigidas. No conjunto de critérios, que foram construídos pensando na decisão judicial (dentre os quais estão às seis situações em que o juiz poderia deixar de aplicar uma lei e as

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 293. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 126.

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 123.

três perguntas que identificam se o ato judicial é ativista³⁶⁷), entende-se possível utilizar, no que se refere à decisão administrativa do registrador imobiliário, aquilo que Streck denomina de “cinco princípios/padrões fundantes da decisão jurídica”. São eles: a preservação da autonomia do direito; a superação da discricionariedade; o respeito à integridade e à coerência do Direito; o dever fundamental de justificar as decisões; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada³⁶⁸.

Na esfera da decisão administrativa, também seria possível utilizar o teste da Condição Hermenêutica de Sentido (CHS), que permite verificar que enunciados retóricos, argumentos performativos e decisões baseadas no livre convencimento são vazios de conteúdo, na medida em que, por estarem na esfera da subjetividade do intérprete, não são passíveis de aferição³⁶⁹. A CHS e os princípios/padrões fundantes da decisão jurídica permitem identificar respostas incorretas e pré-juízos inautênticos e serão revisitados no quarto capítulo deste estudo.

3.4 Associação da crítica hermenêutica do direito ao serviço de registro de imóveis

A razão de ser dos serviços de registro de imóveis é extraída do texto Constitucional. Nos termos do *caput* do artigo 5º, a garantia da inviolabilidade do direito de propriedade é dever do Estado, que, para bem desempenhar a sua função, inseriu/manteve no Brasil um sistema de registro de direitos sobre bens imóveis, definindo-o, no artigo 236 da Carta Federal, como serviço público.

Conforme foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, o sistema de registro público de direitos atende a referida diretiva constitucional, pois impõe que os atos jurídicos envolvendo bens imóveis só tenham acesso ao registro após a realização da qualificação registral por agente do Estado, garantindo que os titulares do direito de propriedade só a perderão ou poderão dela dispor se os instrumentos de formalização dos atos estiverem de acordo com o Direito, seja para a proteção dos proprietários, seja para a proteção das demais pessoas envolvidas na relação

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 393-395. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 600-620.

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 397-301. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

jurídica em causa ou, ainda, de terceiros que devam respeitá-la. A formatação do sistema registral imobiliário nos termos referidos coloca em destaque a importância da qualificação registral para que a razão de ser do serviço seja alcançada, bem como evidencia aquela que é considerada pela doutrina a principal característica da atividade: outorgar segurança jurídica às relações sociais envolvendo direitos sobre bens imóveis.

Para bem desempenhar a atividade jurídica que exerce em nome do Estado, o registrador de imóveis deve se apropriar de uma adequada teoria do Direito, que leve em consideração os limites da atribuição de sentido aos textos legais e esteja preocupada em estabelecer critérios interpretativos, a fim de afastar a elemento discricionabilidade das suas decisões, pois, só assim, será possível produzir juízos equânimes e previsíveis que permitam alcançar a esperada segurança jurídica. Nesse contexto, entende-se que a CHD, por fornecer os elementos necessários para afastar a discricionabilidade das decisões, evidenciar que as decisões devem ser por princípios, e não por valores morais, interesses políticos ou critérios econômicos, e denunciar a responsabilidade política do julgador em chegar à resposta correta, apresenta-se como teoria adequada, não apenas para suprir a ausência na Lei 6.015/73 de dispositivos que orientem e também sirvam de controle das decisões dos registradores, mas, sobretudo, para denunciar os equívocos das teses que, na atualidade, têm norteado a função decisória do registrador imobiliário.

Nos termos estudados nos subcapítulos anteriores, a CHD, por estar alicerçada na hermenêutica de cariz filosófico, também tem a preocupação de denunciar os pré-juízos inautênticos que predominam no senso comum teórico dos juristas e que têm origem na crise pela qual passa o Direito. Como atividade jurídica, o serviço registral imobiliário também sofre os efeitos da crise, e alguns dos pré-juízos que se consideram inautênticos já foram apontados no primeiro capítulo deste trabalho (ex.: tratar a atividade com prevalência do privado em relação ao público, que denuncia a ausência de filtragem Constitucional; justificar a legitimidade da atuação do registrador de forma desvinculada do Estado, que abre as portas para “o decido conforme a minha consciência”). A análise dos problemas do atual estado da arte relativo ao serviço de registro de imóveis será consolidada no próximo capítulo, entretanto, entende-se oportuno indicar, desde já, um exemplo que demonstra o quão acertado é a associação da CHD com a atividade registral imobiliária.

Por tudo que já foi estudado neste trabalho em relação à CHD, pode-se afirmar que a teoria de Streck é completamente contrária a teses que admitem a livre formação do convencimento por aqueles que devem proferir decisões jurídicas. Aliás, a CHD foi uma das responsáveis pela retirada da palavra “livre” do art. 371 do projeto de Código de Processo Civil. Conforme lembra Streck³⁷⁰,

O poder de livre convencimento – não importa se motivado ou não (filosoficamente a motivação é irrelevante) – foi expungido do Código de Processo Civil de 2015 a partir de uma emenda que sugeri ao Relator, Dep. Paulo Teixeira. A justificativa adotada pelo Relator foi a seguinte: ‘Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. [...] O livre convencimento se justificava em face da necessidade da superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte dos juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão’. Tratou-se de um explícito abandono daquilo que se pode chamar de Privilégio Cognitivo do Juiz (PCJ). Esse PCJ está atrelado ao sujeito da modernidade e seu autoritarismo.

Ocorre que, em 15 de dezembro de 2017, mais de um ano após a entrada em vigor do novo CPC, o Conselho Nacional de Justiça, fazendo valer a autorização para legislar (sic) que recebeu do Supremo Tribunal Federal³⁷¹, editou o Provimento nº 65, estabelecendo diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial, que passou a existir no Direito brasileiro justamente com o novo CPC (art. 1.071). O artigo 13, §4º, do referido provimento, ao tratar da análise que o registrador deve fazer dos documentos que instruem o requerimento de usucapião extrajudicial, resgata a tese do “livre convencimento motivado”, institucionalizando a discricionariedade no registro de imóveis, nos seguintes termos:

A análise dos documentos citados neste artigo e em seus parágrafos será realizada pelo oficial de registro de imóveis, que proferirá nota

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 213. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁷¹ Problema que foi denunciado por Streck ainda antes do julgamento da ADC 12. Sobre o tema, ver o capítulo 9 do livro: STRECK, Lenio, Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

fundamentada, conforme seu **livre convencimento**, acerca da veracidade e idoneidade do conteúdo e da inexistência de lide relativa ao negócio objeto de regularização pela usucapião. (grifo nosso).

A importância da discussão relativa ao livre convencimento do registrador ao analisar os documentos que instruem os pedidos de usucapião extrajudicial vai além do problema da apreciação da prova. Seguindo a senda de Streck³⁷², pode-se dizer que, no âmbito das práticas jurídicas, essa discussão implica também a relação pretensamente livre que se estabelece entre o julgador e a interpretação do Direito, bem como a concepção equivocada acerca da independência do detentor da decisão jurídica.

Defender o equívoco em permitir que o registrador possa decidir conforme o seu livre convencimento não significa, de forma alguma, tolher a sua independência jurídica e tampouco qualquer proibição interpretativa que o transforme em um exegeta do século XIX. A liberdade de atuação do registrador imobiliário, no que se refere à qualificação registral, está garantida nos artigos 198 da Lei nº 6.015/73 e 28 da Lei nº 8.935/94. Contudo, como profissional do direito que exerce atividade jurídica do Estado, pode-se dizer, à luz das lições extraídas da CHD, que o oficial não possui carta branca para interpretar/decidir de forma livre, fazendo valer os seus pré-conceitos sobre o mundo, pois toda a sua atividade interpretativa/decisória será voltada, e, também, limitada pelo Direito (conceito interpretativo construído intersubjetivamente, e não pela vontade individual do aplicador).

Afastar o livre convencimento da atividade jurídico-decisória não significa, portanto, restrição às liberdades dos julgadores no exercício das suas competências/atribuições. Tal afastamento visa, isso sim, expurgar das práticas jurídicas tanto a ideia de que o livre convencimento motivado é da natureza da decisão (uma espécie de discricionariedade racionalizada) quanto o paradigma filosófico instituidor da modernidade: o sujeito solipsista, que, ao se libertar do “mito do dado”, seguiu rumo ao voluntarismo (a vontade de poder)³⁷³.

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 212. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 212-214. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

Assim, no que se refere aos documentos que instruem o requerimento de usucapião extrajudicial, o registrador deverá, à luz da CHD, apreciá-los a partir de uma reconstrução baseada não na sua convicção pessoal, mas, sim, no sentido intersubjetivo que exsurge da linguagem pública³⁷⁴. Por isso, sua atuação deve ser pautada pelo interesse público. Se, no interior do sistema político, na condição de Estado qualificado pela *democracia*, o interesse público se traduz no atendimento de demandas sociais (na incorporação de pretensões sociais); no âmbito do sistema jurídico, no qual estão inseridos tanto o registrador quanto o julgador, o interesse público compreende justamente o respeito à legalidade democraticamente construída e sua interpretação a partir de critérios igualmente públicos.

Cabe referir, por fim, que vários são os motivos que levam à aceitação por parcela da doutrina de teses voluntaristas, como a do livre convencimento. E a CHD, ancorada no giro ontológico-linguístico e na necessidade de que em uma democracia as decisões jurídicas sejam fundamentadas com base em critérios encontrados no Direito³⁷⁵, tem demonstrado o equívoco (pré-compreensões inautênticas) de todos eles. No caso específico do registro de móveis, entende-se que um dos fatores determinantes para o resgate de teses como a do livre convencimento está no entendimento de que a atividade é norteadada por uma razão prática (*locus*, do sujeito solipsista), nos termos defendidos pelos adeptos da teoria do saber prudencial do registrador que será objeto de estudo no próximo capítulo.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 206. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 217. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

4 ANÁLISE DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Nas leis disciplinadoras do serviço de registro de imóveis – desde o regulamento editado pelo Decreto Imperial nº 1.318, de 1854, que mandou executar a Lei nº 601, de 1850, até os Decretos nºs 4.857/39 e 1.000/69, que precederam à Lei dos Registros Públicos, – é possível identificar a tradição do Direito brasileiro em conferir ao responsável pelo serviço a tarefa de decidir acerca de uma inscrição que lhe é demandada. A Lei nº 6.015/73, ao seu turno, manteve a tradição – que, vale lembrar, é característica dos sistemas de registros de direitos – ao estabelecer que, antes de lavrar o ato, o oficial verificará se há alguma exigência a ser feita e, sendo o caso, deverá indicá-la por escrito, para que o apresentante cumpra o que foi exigido ou recorra da decisão ao juízo competente.

Contudo, se comparada aos decretos que a antecederam – que eram assertivos ao indicar que “o oficial verificará a legalidade e a validade do título, procedendo ao registro, se o mesmo estiver em conformidade com a lei” (artigos 215 e 201, respectivamente) –, a Lei dos Registros Públicos (artigo 198) possui uma redação mais abstrata, estabelecendo, apenas, que o oficial deverá indicar a “exigência a ser satisfeita”. Nesse contexto de indeterminação do texto legal, coube à doutrina a tarefa de desenvolver teorias a respeito da qualificação registral imobiliária que sejam capazes de definir critérios que auxiliem o registrador a decidir acerca do registro que lhe é requerido.

Na primeira parte deste capítulo, o objetivo será indicar os fundamentos basilares das teorias que têm norteado a qualificação registral nas últimas décadas, bem como demonstrar as consequências práticas da sua aplicação. Cumprir essa etapa é fundamental para a análise hermenêutica que se pretende realizar neste estudo, pois, conforme foi visto no capítulo anterior, é a partir do revolvimento do chão linguístico em que se assenta a tradição que o intérprete terá condições de reconstruir a história institucional do fenômeno para saber como ele era e desvelar como ele, de fato, é.

A segunda parte deste capítulo será voltada ao desenvolvimento de uma reflexão crítica, lastreada na CHD, a respeito dos paradigmas filosóficos e jurídicos que sustentam as teorias que têm norteado a qualificação registral. O objetivo desta reflexão (filtro hermenêutico) será, fundamentalmente, atentar para os perigos de

associar o elemento discricionariedade à atividade, para, na parte final deste capítulo, projetar um horizonte de sentido que permita a construção de um arcabouço teórico que indique critérios (formais e substantivos) para nortear os delegatários de registro de imóveis a proferirem decisões íntegras, coerentes e equânimes, capazes de atender às exigências do Estado Democrático de Direito.

4.1 O atual contexto da qualificação registral imobiliária

A doutrina desenvolveu, basicamente, duas teorias sobre a qualificação registral. Uma, em tese, mais simples, que atribui ao registrador a tarefa de verificar se o título apresentado para registro está de acordo com a lei, e outra, mais sofisticada, que, fazendo uso de paradigmas filosóficos, diz que o registrador, ao proceder a qualificação, realiza um juízo prudencial, próprio da razão prática.

A tese que vincula a qualificação registral à legalidade, e que, neste estudo, será denominada de “teoria da legalidade”, foi desenvolvida por Afrânio de Carvalho, ainda sob a influência dos decretos que regulamentavam a atividade antes da entrada em vigor da Lei dos Registros Públicos³⁷⁶, no livro “Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973”, obra clássica do Direito registral imobiliário, cuja primeira edição foi publicada em 1976³⁷⁷. Por sua vez, a teoria do “saber prudencial do registrador” é de autoria do jusnaturalista³⁷⁸ Ricardo Henry Marques Dip e foi apresentada à comunidade jurídica pela primeira vez no “I Congresso dos Registradores Públicos do Rio Grande do Sul”, realizado em novembro de 1990³⁷⁹. Ambas as teorias serão examinadas amiúde, iniciando-se pela proposta de Dip.

³⁷⁶ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 251.

³⁷⁷ Outros autores também tratam a qualificação registral vinculada ao princípio da legalidade. Por todos destacam-se: SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 52, jul./dez. 1981; e, mais recentemente, LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 539 e ss.

³⁷⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 36, jan./jun. 1992.

³⁷⁹ Dip seguiu aprimorando a teoria em outras publicações: DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 33, jan./jun. 1992; DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 42, p. 9, set./dez. 1997; DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 415, jul./dez. 2018. Outros autores também aderiram à teoria, como, por exemplo: RICHTER, Luiz Egon. **Da qualificação notarial e registral e seus**

O denominado “saber prudencial do registrador” é estruturado com base na premissa de que o registro de imóveis é uma instituição da comunidade, com autonomia em relação ao Poder Público³⁸⁰ (argumento que foi analisado no item 2.2 deste estudo) e a partir da identificação do lugar do saber do registrador entre os diversos tipos de saber racional, próprios da natureza humana, em que a verdade é apreendida mediante o emprego da razão discursiva³⁸¹. O autor, depois de indicar cinco tipos de saber racional: o comum, o técnico, o científico, o filosófico e o prudencial, enquadra neste último o saber próprio do registrador³⁸². Conforme Dip³⁸³,

essa função registral, tão valiosa, pois, para a ordem jurídica, reclama um saber próprio do registrador, saber do *operável*, saber *especializado*, saber *prudencial* – característica esta, ressalte-se, que são equivalentes às do saber judiciário. (grifo do autor).

No artigo em que apresentou a sua tese à comunidade jurídica, Dip analisou o tema sobre três enfoques: o caráter prático do saber do registrador; a distinção entre o saber prudencial do registrador e o saber científico do direito imobiliário registral; e a subalternação do saber prudencial do registrador a saberes mais elevados e à legalidade estrita³⁸⁴.

Quanto ao *caráter prático do saber*, Dip afirma que o saber do registrador não é o resultado de uma reflexão especulativa da realidade, própria do saber que se diz teórico. O saber do registrador é do tipo prático ou operativo, pois, ao invés de refletir, trata de realizar os objetos³⁸⁵, ou seja, decide, com prudência, se um determinado título há de ser registrado (“realizar o bem devido”) ou não (“omitir o mal nocivo”) e se essa decisão é adequada à segurança jurídica³⁸⁶, que seria o fim ou bem específico de sua missão.

dilemas. Introdução ao direito notarial e registral. Coordenação Ricardo Dip. Porto Alegre: IRIB; Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.

³⁸⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 59, jan./jun. 1991.

³⁸¹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 9, jan./jun. 1993.

³⁸² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 10, jan./jun. 1993.

³⁸³ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 11, jan./jun. 1993.

³⁸⁴ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 11, jan./jun. 1993.

³⁸⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 11, jan./jun. 1993.

³⁸⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 13, jan./jun. 1993.

Ao tratar da *diferença entre o saber prudencial do registrador e o saber científico do direito imobiliário registral*, Dip demonstra como a prudência deve orientar o registrador na tomada das decisões. Antes, contudo, afirma que a prudência é a primeira das virtudes morais e, com Tomás de Aquino (*Suma Teologia*), sustenta que a prudência é movida pela *sindérese*, dizendo esta “respeito aos princípios remotos que inspiram a direção prudencial”³⁸⁷. Nesse sentido, a prudência, disposição para atuar na esfera do que é bom ou mau para o ser humano, retira dos princípios da *sindérese* as conclusões singulares adequadas a cada caso concreto (aplicação dos princípios universais aos casos singulares). Conforme Dip, por atuar no operável a partir dos princípios *sinderéticos* e das conclusões universais da ciência moral, a prudência não está somente no intelecto, mas transita também para a vontade, motivo pelo qual “se diz que a prudência é formalmente intelectual e materialmente moral”³⁸⁸. A ligação entre a *sindérese* e a prudência é feita por Dip³⁸⁹ nos seguintes termos:

A *sindérese* manifesta-nos a lei do bem, a regra e a medida de nossa vontade, ao passo que a prudência descobre os meios acertados para observar essa lei, para conformar nossa vontade ao bem. A *sindérese* tampouco se confunde com a ciência moral; aquela nos indica princípios, a ciência moral, conclusões. Pela *sindérese*, conhecemos a lei natural, sabemos que ‘se deve dar a cada um o que lhe é cabido’, que ‘devemos fazer o bem, devido a outrem, e evitar o mal que lhe é nocivo’, normas remotas da ação humana, e pela ciência jurídica alcançamos conclusões mais próximas, embora não ultrapassando os umbrais das verdades abstratas e necessárias. Ciência prática, embora, a ciência jurídica, ramo da moral, apenas possui de operável o objeto, porque, de si mesma, não dirige o ato singular, estudando, desde fora, a regulação do ato humano pela lei natural e pela prudência.

Ao aplicar tais ideias à qualificação registral, Dip conclui que a *sindérese* indica ao registrador que “observe o bem específico da sua função, o direito registral lhe baliza a segurança jurídica, e a prudência lhe dirá e ordenará o que fazer, num caso concreto, para alcançar a finalidade de sua missão”³⁹⁰.

³⁸⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 15, jan./jun. 1993.

³⁸⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 42, jan./jun. 1992.

³⁸⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 15, jan./jun. 1993.

³⁹⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, 31/32, p. 16, jan./jun. 1993.

Por fim, quando aborda a *subalternação do saber prudencial do registrador a saberes mais elevados e à legalidade estrita*, Dip afirma, quanto aos primeiros, que o registrador, ao realizar o juízo prudencial³⁹¹, dirigido ao caso concreto, deve observar os princípios universais sinderéticos e as conclusões da ciência jurídica, “daí a subalternação nos âmbitos filosóficos e científicos”³⁹². Sobre a legalidade, o autor afirma que o registrador se encontra subordinado à legalidade estrita, ao direito normativo, pois a teleologia³⁹³ (ou enteléquia) da instituição registrária se encontra na outorga de segurança jurídica, que, seja por deficiência de certeza executiva, seja por dubiedade de seu objeto, não pode ser aventada se não for positivada³⁹⁴. Em razão disso, o saber do registrador estaria vinculado a formas, prazos, procedimentos e a certo rigor na compreensão da norma delimitadora³⁹⁵.

Nesse ponto, ao afirmar seu afastamento do positivismo normativista³⁹⁶ e do antigo movimento do direito livre, que, segundo o autor, seria arbitrário e

³⁹¹ Embora use o termo em sua tese, Dip destaca a impropriedade da expressão “juízo prudencial” ao afirmar que “o juízo é, em rigor, apenas um dos três atos da prudência: 1 – conselho; 2 – juízo; 3 – império –, sequer o mais importante deles, porquanto o império, consistente em aplicar o conselho e o juízo à operação, se acerca mais do fim da razão prática, revestindo-se de principialidade nos atos da prudência”. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 42, jan./jun. 1992.

³⁹² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 17, jan./jun. 1993.

³⁹³ A respeito da finalidade enquanto princípio, Dip afirma: “os princípios, pois, abrangem as causas, as condições, as ocasiões, os fundamentos diretivos, os começos temporais e espaciais dos entes. A causa é o princípio que influi no ente de modo positivo – *id quod influit esse* –, com que se distingue da condição, que apenas remove obstáculo ou torna possível a redução do efeito, sem modificá-lo, no entanto. Das quatro modalidades de causa: material, formal, eficiente e final, desponta a última como *causa das causas*, porque sem ela nenhuma causa exercitaria sua causalidade. Todos os entes possuem uma razão de ser, princípio que se apoia na inteligibilidade ou verdade do ser, e, enquanto se cuide da *inteligibilidade intrínseca* – relativa à essência de um ente –, esse princípio corresponde ao *princípio da finalidade*”. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 42-43, jan./jun. 1992.

³⁹⁴ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 44, jan./jun. 1992.

³⁹⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 17, jan./jun. 1993.

³⁹⁶ Pela forma como se refere ao positivismo jurídico, o autor parece entender (equivocadamente) que todas as suas vertentes estão presas à formulação original, o legalismo (exegetismo francês, jurisprudência dos conceitos alemã e jurisprudência analítica inglesa). Após indicar que a qualificação registral é subalterna da legalidade estrita, Dip afirma: “não vai nisso a mínima adesão ao positivismo normativista. Mas, em nossos dias, o que se vê é que se o doente parecia não morrer de legalismo, agora corre forte risco de morrer com os remédios da arbitrariedade. Finda a II Guerra Mundial, aos escombros do nazismo se misturam os do positivismo legalista, enquanto concepção então amplamente dominante, reflexo ideológico que provinha da revolução francesa de 1789. Certamente, ele continua insepulto, e, de par com os vários positivismos sociologistas, vai ainda, de algum modo, irradiando a filosofia do dogmatismo construtivo, de sorte que os operadores jurídicos aceitem, em qualidade de dogma, o estabelecido pelo direito normativo”. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 17, jan./jun. 1993.

voluntarista, Dip volta-se para o realismo jurídico, como teoria indicada para o registrador atender a sua subordinação à legalidade, por tal matriz “harmonizar as várias exigências e os princípios da justiça, incluído o justo legal”³⁹⁷; por ser “um método que não dispensa os princípios universais da *sindérese (sensum naturale)*, não ignora as conclusões da ciência moral, não desconhece o direito positivo, não descarta a pluralidade de meios para o conhecimento da verdade e, particularmente, não despreza a realidade das coisas”³⁹⁸; enfim, por possibilitar que o registrador, a partir do juízo prudencial, “opte livremente por uma, entre as várias possibilidade de ação reclamada por uma situação particular”³⁹⁹.

Em artigo publicado alguns anos após apresentar a tese do saber prudencial do registrador à comunidade jurídica, Dip aprofunda e refina as ideias antes referidas. O autor inicia a sua exposição destacando a crise pela qual passam o direito e sua filosofia. As causas da crise seriam:

a) os rumos da filosofia jurídica, que “deve ser uma reflexão acerca dos fundamentos do direito, realidade e conceito especificados no gênero ético, e não uma sistematização ou do direito posto ou de intentos dialéticos de modificação social (o que não vai além de uma *instrumentalização poiética*)”⁴⁰⁰;

b) a laicização do Direito, como uma resposta “à mais ampla secularização de todos os tempos, em que se elabora e se procura impor, como produto cultural massivo, uma cosmovisão formalmente desinteressada pelos problemas do sentido último da vida”. Laicizado, o Direito é, segundo o autor⁴⁰¹,

produto arbitrário ou da vontade do legislador (normativismo) ou da vontade do juiz (irracionalismo judiciário): ali, a lei que lhe imponham não importa com qual conteúdo; aqui, o resultado de uma consciência *fundante* de quem julga com descaso do direito positivo, das conclusões da ética e dos princípios sinderéticos; sempre, em todo o caso, com o desprezo, ontológico ou ao menos gnosiológico, da ordem universal imposta por Deus Criador. [...]. O direito coevo, pois, corresponde a essa cosmovisão nihilista: agnosticismo do justo, seu parâmetro – critério exterior – é, no extremo, o de uma ideologia

³⁹⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 19, jan./jun. 1993.

³⁹⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 53, jan./jun. 1992.

³⁹⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 42, p. 9, set./dez. 1997.

⁴⁰⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 35, jan./jun. 1992.

⁴⁰¹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 35, jan./jun. 1992.

totalizante que suplanta, ao cabo, o subjetivismo a que radicalmente se reduziria. (grifo do autor).

c) a ética e o direito de situação, fundados em “decisões judiciais, às quais se empresta um eminente caráter *criador*, nos limites dos casos decididos”⁴⁰². Segundo Dip⁴⁰³,

a irrepetibilidade concreta dos casos propicia a convicção, de todo equivocada, de que as soluções jurídicas são pautadas pela concretude da situação: não somente a que, num certo plano, se desvela no nível fenomênico, com menoscabo das normas e do direito, mas também a que, em definitivo, formula o suposto ‘direito’: a consciência do juiz, consciência que ultrapassa seu caráter de imperativo fundamental da ação, para constituir-se em imperativo *fundante* da ação. (grifo do autor).

Após apontar os problemas, Dip propõe uma resistência jusfilosófica, que comece por restaurar o papel dos princípios sinderéticos, da ética e do direito positivo (desde que a lei seja produto da *sindérese* e da prudência governativa)⁴⁰⁴. É como parte dessa resistência que o autor desenvolve a sua teoria sobre a qualificação registral, para – depois de identificá-la como juízo prudencial que se arrima à hierarquização *sindérese*, ética e direito positivo, na busca, em um caso concreto, por segurança jurídica⁴⁰⁵ – defini-la, nos seguintes termos:

Diz-se qualificação registral (imobiliária) o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistro.

Para logo, trata-se de um *juízo*, vale dizer, uma operação formalmente intelectual que une ou separa os conceitos, tomados em relação às coisas mesmas que representam de modo reflexivo e abstrativo, mas de um juízo *prudencial*, ou seja: a) juízo que é propriamente da razão prática, não da especulativa; b) que se ordena a operações humanas singulares contingentes; c) e que, não dispensando atenta consideração dos princípios da *sindérese* e das conclusões da ciência moral, acaba, para além do conselho e do

⁴⁰² DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 36, jan./jun. 1992.

⁴⁰³ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 36, jan./jun. 1992.

⁴⁰⁴ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 36, jan./jun. 1992.

⁴⁰⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 36, jan./jun. 1992.

juízo dos meios achados, por imperar uma determinada atuação⁴⁰⁶.(grifo do autor).

Como juízo da razão prática, os aspectos concretos da qualificação registral assumem relevância e são analisados por Dip a partir daquilo que denomina de “limites gnoseológicos da qualificação”. Conforme o autor, embora a segurança jurídica, teleologia registral, se inclua no justo legal, ao realizar a qualificação o registrador busca o *quod certum est* e não o *quod justum est*, que seria destinado à atividade jurisdicional. Essa distinção, segundo o autor, aproxima mais a qualificação registral ao princípio da legalidade se comparada com a atividade jurisdicional, o que se compatibiliza com o fato de a segurança jurídica, a que se volta a elaboração registral, estar decisivamente aferrada ao Direito normativo posto⁴⁰⁷.

Contudo, ainda que a qualificação encontre os seus limites gnoseológicos no princípio da legalidade, Dip afirma que tal restrição não impede que o registrador compreenda e interprete a lei: “sempre, de um lado, resta a indispensabilidade de *compreender* qual seja o *sentido normativo da lei*, e, de outro, se impõe a necessidade de *interpretação*, vale dizer, de mediação entre a regra e a realidade”⁴⁰⁸. E, como teoria apta a indicar o melhor método interpretativo, Dip volta a eleger o realismo jurídico, assim como fizera no primeiro artigo sobre o saber prudencial do registrador, nos seguintes termos:

A subordinação do juízo qualificador ao princípio da legalidade não lhe impõe uma *redução literalista* para a compreensão do sentido normativo da lei, que descarte a estimativa de seu contexto significativo e sistemático, a atenta consideração teleológica e a observação mais ampla dos princípios ético-jurídicos superiores às regulações particulares. O que, sim, neste plano, se afasta do âmbito da qualificação é a determinação *equitativa* do direito, equivale a dizer: a integração registral de lacunas do direito positivo – exatamente porque o juízo qualificador, dirigido à segurança jurídica, não pode encontrá-la fora dos limites do direito normativo posto. Se, nesse segmento, não se retraçam destacadamente as distinções entre a jurisdição e a decisão registraria, elas se encontram de modo mais visível no terreno da *interpretação*. De caminho, já ficou de alguma forma sobredito que compreensão e interpretação são conceitos distintos: compreender o sentido normativo da lei (esclarecer-lhe o *certum*, na linguagem de VICO)

⁴⁰⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 40, jan./jun. 1992.

⁴⁰⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 52, jan./jun. 1992.

⁴⁰⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 52-53, jan./jun. 1992.

não é ainda determinar o justo em concreto ou o *certum* registral (individuado). Falta a mediação com a realidade, falta atingir o *verum*: a norma jurídica – disse SCONFELD – ‘separada de sua aplicação e pensada unicamente em sua abstração numa temática científica, carece de realidade’. A confusão de ambas essas noções – intelecção do sentido normativo e mediação entre a regra e as exigências da realidade, *hic et nunc* – conduz à leitura a-histórica do direito normativo, a ponto de a preocupação com o significado abstrato da norma excluir a cogitação do significado do justo, concreto e individualizado. Rompe-se, com essa confusão, a possibilidade de realização *prudente* do direito, subalternando-se o operador jurídico a esquemas axiomáticos alheios ao operável concreto. Restituir o caráter prudencial à determinação do direito *hic et nunc* – seja enquanto justo, seja enquanto certo e singular – é distinguir a interpretação (mediação entre a norma e a realidade), reconhecendo a contingência dos operáveis concretos; por isso, das reações opostas desse abstracionismo metodológico acrônico (reações entre as quais se contam remédios acaso piores do que a enfermidade atacada – assim, o irracionalismo jurídico de nossos tempos, designadamente sua espécie mais de moda entre nós, o *direito alternativo*) sobreleva a do *realismo jurídico*, que *não* constitui um sistema, antes é um método de atingir a verdade, de saber o direito, de alcançar o justo: um método que não dispensa os princípios universais da sindérese (*sensum naturale*), não ignora as conclusões da ciência moral, não desconhece o direito positivo, não descarta a pluralidade de meios para o conhecimento da verdade e, particularmente, não despreza a realidade das coisas. (grifo do autor).⁴⁰⁹

Para finalizar a exposição dos fundamentos basilares da teoria do saber prudencial, entende-se importante referir que, para ver afirmada a natureza prudencial da atuação do registrador, bem como a sua independência decisória, Dip⁴¹⁰ propôs, ao apresentar a sua teoria, a formulação de um programa para “as instituições dos registros e das notas”, que, a partir da adesão a princípios, possuísse objetividade, “com coerência intra-sistêmica e amparo de um consenso doutrinário” que só poderia provir de “planos *realistas* aptos a evadir ou superar o confronto de seus fins e meios com a ordem jurídica vigente e com a experiência registraria”. Segundo o autor⁴¹¹,

um programa institucional para os registros há de assentar necessariamente não apenas na coerência da sistemática interna (o que supõe alguma objetividade), mas, se se almeja eficaz, num

⁴⁰⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 53, jan./jun. 1992.

⁴¹⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 38, jan./jun. 1992.

⁴¹¹ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 38, jan./jun. 1992.

consenso doutrinário, que se forja menos pela uniformidade de vistas nas soluções casuais do que pela vinculação radical a um conjunto de princípios solidamente estabelecidos e à realidade das coisas. Não se trata, insiste-se, da assinação de princípios normativos por meio de uma tarefa redutora da comunidade científica jusregistral (ora, no Brasil, em gestação) a um ou mais centros de poder, mas sim da adoção de um balizamento objetivo que autorize, a partir de princípios dotados de universalidade, a confiança num plano institucional (vale dizer, de ação política) à altura das necessidades presentes. Nesse terreno jurídico, em que a técnica e ciência do direito, prudência decisória e atuação política mais ampla, andam muito aproximadas, apenas por acidente seria possível que do mero *imperium* de centros decisórios, sem o apoio de soluções técnicas aptificadas na base da subalternação aos princípios ditados pelos saberes superiores, emanasse a convergência necessária a um programa institucional de ação política eficaz. (grifo do autor).

A proposta de Dip vingou e a doutrina passou a formular diversos princípios para nortear a atividade registral imobiliária, que são usados, principalmente, na qualificação registral. Além dos princípios que os autores clássicos⁴¹² já indicavam (legalidade, fé pública, inscrição, prioridade, especialidade, continuidade e instância), outros foram elaborados pela doutrina moderna⁴¹³ (segurança jurídica, independência jurídica do registrador, publicidade, legitimação registral, unitariedade da matrícula) e até mesmo pelos órgãos judiciais de fiscalização da atividade, como, por exemplo, os previstos nos artigos 416, 612 e 614, todos do Provimento nº 01/2020 editado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul (impessoalidade, moralidade, eficiência, cindibilidade, obrigatoriedade, territorialidade, disponibilidade, tipicidade, concentração, titularidade, desburocratização, saneamento, instrumentalidade das formas, proporcionalidade, razoabilidade, racionalidade, praticidade, menor oneração do usuário).

Em obra recente, Dip analisou detalhadamente os chamados princípios registrares imobiliários que foram construídos pela doutrina ao longo dos anos. Em suas conclusões, o autor identificou em tais princípios a mesma base metafísica que está na origem dos princípios jurídicos, que, segundo o autor⁴¹⁴, por emergirem da “realidade objetiva e de modo universal”, não depende da subjetividade humana e constituem os pilares da *res iusta*. Com base em Aristóteles (livro V de Ética a

⁴¹² Por todos, ver: CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

⁴¹³ Por todos, ver os três tomos que compõe a obra: DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2017; 2018 e 2019.

⁴¹⁴ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2017. t. 1, p. 216-217.

Nicômaco), Dip arremata afirmando que, por brotarem da própria natureza das coisas, os princípios não se sujeitam a opiniões humanas e são válidos e obrigatórios a todos por serem superiores aos pactos e convênios humanos, públicos ou privados.

Os princípios registraes, classificados por Dip em *institucionais* (que seriam anteriores ou superiores ao ordenamento normativo posto) e *endonormativos* (que consistem em abstrações ou deduções a partir da ordem normativa posta)⁴¹⁵, se enquadrariam nas mesmas premissas acima, pois, segundo o autor⁴¹⁶, derivam do *ius gentium*, ou seja, de um direito que, não obstante decorra da mescla de preceitos naturais e positivos, é, principalmente, natural, “porque se infere de conclusões imediatas dos primeiros princípios da razão prática (mais exatamente, princípios da *sindérese*) e são fruto de consolidação costumeira” gestada no interior do registro de imóveis, “instituição vívida da comunidade, ente intermediário entre o estado e o indivíduo”.

Com base nos argumentos acima, Dip afirma que “os princípios registral-imobiliários pouco têm a ver ou mesmo nada com a muito limitada e artificial construção da ideia de *princípios jurídicos* que Ronald Dworkin sustentou” em sua tentativa de superar o normativismo⁴¹⁷. Sobre a obra de Dworkin, Dip⁴¹⁸ afirma que:

Por mais se reconheça, com justiça e caridade, que Dworkin adversou o normativismo e, segundo alguns, foi até mesmo filiado a alguma espécie de iusnaturalismo – deontológico e construtivista (*vide*, a propósito, o que pensa Rodolfo Vigo, no estudo ‘Uma teoria distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos’), não se pode negligenciar o fato de que Dworkin, com seu neoprincípioalismo, ficou a meio caminho de um renascimento da doutrina clássica do direito natural e terminou, muito possivelmente sem querer, por tornar-se uma das fontes inspiradoras e referenciais do coevo hipersubjetivismo judiciário (em outras palavras, positivismo judicial, ativismo jurisdicional ou administrativo-judiciário etc.).

Do exposto, verifica-se que, para dar sustentação a sua teoria do saber prudencial, Dip propõe um “programa institucional” para o registro de imóveis a partir da vinculação radical dos delegatários a um conjunto de princípios de caráter

⁴¹⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2017. t. 1, p. 17.

⁴¹⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2019. t. 3, p. 217-218.

⁴¹⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2019. t. 3, p. 215.

⁴¹⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2019. t. 3, p. 216.

ontoteológicos com a intenção de promover um balizamento objetivo capaz de autorizar a confiança na “instituição” registral imobiliária. Nessa proposta, os princípios estão em posição privilegiada em relação à lei e são usados para abrir a interpretação (daí a crítica a Dworkin), permitindo que o titular da decisão jurídica ajuste o texto legal à realidade das coisas.

Ainda que não esteja entre os objetivos desta pesquisa analisar decisões proferidas pelos registradores no âmbito das qualificações registrais, entende-se importante, para dar solidez à crítica que será encaminhada no próximo subcapítulo, trazer algum exemplo que demonstre as consequências da aplicação da teoria dipiana. Como os processos de registro não são públicos, o exemplo a seguir foi retirado de decisão proferida em sede de suscitação de dúvida, procedimento previsto no artigo 198 da Lei nº 6015/73, que atribui competência ao Poder Judiciário para decidir os recursos interpostos contra qualificações registrais negativas.

No procedimento administrativo nº 2009/67025⁴¹⁹, relativo ao recurso interposto junto à Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo contra a decisão de oficial de registro de imóveis que indeferiu o pedido de usuário do serviço que pretendia averbar o parcelamento de gleba urbana em 16 lotes, sem atender ao procedimento previsto no artigo 18 da Lei nº 6.766/79, foi reconhecido que o delegatário pode/deve tomar decisões de acordo com o seu “bom arbítrio”. No parecer que foi adotado pelo Corregedor Geral da Justiça para dar provimento ao recurso, o Juiz Auxiliar da Corregedoria manteve o entendimento que vem sendo aplicado no Estado de São Paulo desde 1984⁴²⁰, no sentido de que – inexistindo a fixação legal de um número certo de lotes para acesso do parcelamento urbano ao sistema registrário, independentemente do registro especial, – o “bom arbítrio do registrador – que não é cego e surdo da lei, desprovido de discernimento e senso prático – é essencial na apuração do contexto global da hipótese que se lhe submete a registro”. Ainda segundo o parecer, o registrador

poderá avaliar o alcance da averbação, as suas consequências, os seus efeitos e a intenção – às vezes sub-reptícia – de se furta ao

⁴¹⁹ SÃO PAULO (Estado). Corregedoria-Geral da Justiça. **Processo CG 2009/67025**. Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva, 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://sajadm01.tj.sp.gov.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=2480>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁴²⁰ SÃO PAULO (Estado). Corregedoria-Geral da Justiça. **Processo: 1.365/84**. Relator: José Renato Nalini, 14 de dezembro de 1984. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/parcelamento-do-solo-urbano-construcao-averbacao-registro-especial-dispensa.html>. Acesso em: 03 jul. 2020.

comando. A cada hipótese, deve o registrador se debruçar, refletir e convencer-se, atento não apenas à subserviência que se lhe exige perante a lei, mas sem perder a noção da realidade social. A lei deve ser instrumento de facilitação do convívio comunitário. É essencial, mas é instrumento. Não é objetivo, mas caminho. Mais recentemente, o MM. Juiz Luís Paulo Aliende Ribeiro, nos pareceres já invocados, externou pensamento consonante: 'Inexistentes parâmetros legais para a definição do número de lotes parcelados que configuram o desmembramento sujeito às normas da Lei 6.766/79, a análise de sua incidência há de ser verificada, em cada caso concreto, pelos oficiais registradores ou pelos Órgãos Administrativos Superiores, como expresso no item 150.4, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça'.

O registro especial do parcelamento do solo urbano está previsto no artigo 18 da Lei nº 6.766/79. Tal dispositivo, além de prever a publicação de edital do pedido de registro, oportunizando eventual impugnação de terceiros interessados/prejudicados, elenca diversos documentos técnicos e uma série de certidões fiscais e judiciais que devem ser apresentadas pelo empreendedor ao oficial de registro para que o parcelamento seja registrado e os lotes ainda em fase de construção possam ser vendidos. Voltada, no que se refere ao registro do parcelamento, à proteção dos futuros adquirentes dos lotes, a Lei nº 6.766/79 não dispensa o registro especial nos casos em que o parcelamento resultar em poucos lotes, até porque não é a quantidade de lotes que irá garantir que o terreno parcelado e/ou o empreendedor estejam imunes aos problemas que se pretende identificar com o procedimento legal previsto para o registro especial.

Verifica-se, pois, que a decisão colacionada é um típico exemplo de aplicação da teoria do saber prudencial, na medida em que permite que o registrador, com base em suas reflexões e convencimento (subjetivismo, afinal), ajuste a lei à realidade das coisas a partir daquilo que entende por segurança jurídica, ou seja, registrável é o que o registrador diz que é. Cumpre referir, ainda, que o caso trazido à baila é paradigmático, pois o entendimento, firmando em 1984, além de continuar sendo aplicado⁴²¹, gerou, conforme referido na decisão acima transcrita, a edição de ato normativo pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, institucionalizando o voluntarismo e consequencialismo.

⁴²¹ No mesmo sentido foram as decisões proferidas pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo nos processos nºs: 910/95, 2.338/99, 2.670/99, 194/01, 1.493/01, 248/2004 e 359/2004.

O referido subitem 150.4⁴²² do capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça foi editado com o seguinte teor:

Nos desmembramentos, o oficial, sempre com o propósito de obstar expedientes ou artifícios que visem afastar a aplicação da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, cuidará de examinar, **com seu prudente critério** e baseado em elementos de ordem objetiva, especialmente na quantidade de lotes parcelados, se se trata ou não de hipótese de incidência do registro especial. Na dúvida, submeterá o caso à apreciação do Juiz Corregedor Permanente. (grifo nosso).

Importante referir, por fim, que, no meio registral, a edição de atos normativos desse jaez (que funcionam como espécie de enunciados performativos com pretensões corretivas do Direito) tem uma consequência muito importante, que não existe no âmbito judicial. É que o artigo 31, I, da Lei nº 8.935/94, considera a inobservância das prescrições normativas, editadas pelas Corregedorias Gerais da Justiça, infração disciplinar sujeita a penalidades. Em razão disso, na prática, ao realizar qualificações registrais, os delegatários acabam aplicando os atos normativos, mesmo quando conflitam com a lei e até mesmo com a Constituição⁴²³, como uma espécie de norma fundamental (sic) da função qualificadora⁴²⁴.

Delineados os contornos da teoria dipiana acerca da função decisória do registrador, passa-se a analisar a tese de Afrânio de Carvalho. Ao vincular a qualificação registral à legalidade, Carvalho trata tal dever como a atribuição do delegatário de realizar o exame prévio da conformidade dos títulos com a lei, pois é essa análise que, segundo Carvalho “visa a estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público

⁴²² SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Normas de serviço**. Cartórios extrajudiciais. Corregedor Geral da Justiça: Desembargador Milton Evaristo dos Santos. São Paulo, 1989. t. 2. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=122759>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁴²³ DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n.56, jan./jun. 2004. p. 131.

⁴²⁴ Cabe aqui referir, com base em Canotilho, que tal forma de agir é totalmente contrária ao denominado princípio da prevalência da lei, subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito. Conforme o autor, “em termos específicos, o princípio da reserva de lei significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentares, actos administrativos gerais como circulares e instruções)”. Importante ter presente, ainda, que o art. 22, XXV, da Constituição Federal de 1988, prevê ser competência privativa da União legislar sobre registros públicos, dispositivo que deve(ria) servir de limitador da atribuição normativa das Corregedorias Gerais da Justiça. CANOTILHOS, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 256.

possa confiar plenamente no registro”⁴²⁵.

Ao contrário de Dip, que buscou desenvolver uma teoria da decisão registral imobiliária lastreada em paradigmas filosóficos, Carvalho limitou-se a explorar o alcance do exame da legalidade para que o título seja registrado, destacando, de início, que a análise “não pode ser tão ampla que abranja todos e quaisquer defeitos que o oficial considere inquinhar o título, pois isso importaria em investi-lo de ambas as jurisdições, a voluntária e a contenciosa”⁴²⁶. Segundo o autor, a qualificação registral deve restringir-se às disposições relativas aos direitos reais constantes do título, que também poderá versar sobre direitos obrigacionais não passíveis de registro.

Além disso, Carvalho defende que o exame deve recair tanto sobre os aspectos formais quanto de causa ou fundamento do direito do título apresentado para registro⁴²⁷. Contudo, após reconhecer dissídio doutrinário acerca do tema, afirma que o registrador deve proclamar de ofício apenas as nulidades de pleno direito, abstendo-se de apontar eventuais causas de anulabilidade, pois estas, enquanto não forem alegadas pelos interessados dentro do prazo decadencial fixado em lei e reconhecidas judicialmente, não são suficientes para invalidar o título.

A obra de Carvalho foi fundamental para o desenvolvimento da atividade e dos estudos do registro de imóveis, especialmente por ter sido lançada logo após a entrada em vigor da Lei nº 6.015/73, em janeiro de 1976. Entretanto, no que se refere à qualificação registral, entende-se que faltou ao autor apresentar uma teoria elencando critérios para orientar a interpretação/decisão do registrador ao realizar o controle de legalidade dos títulos apresentados a registro, especialmente por admitir que, “na falta de disposição especial de lei, prevalecem, para regular o alcance do exame, as disposições gerais que vigem para o juiz”⁴²⁸, dando a entender que, nesses casos, o registrador teria mais liberdade para decidir acerca da inscrição que lhe é demandada.

Ao analisar os estudos desenvolvidos por outros autores com base nas lições de Carvalho, os prejuízos da falta de uma teoria da decisão ficam evidentes. Depois

⁴²⁵ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 251.

⁴²⁶ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 253.

⁴²⁷ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 258.

⁴²⁸ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 256.

de afirmar que, para gerar o direito de propriedade ou constituir direitos reais, o oficial deve examinar os títulos apresentados e que tal exame “trata-se da aplicação do ‘princípio de legalidade’, que informa todo o registro de imóveis”, Silva⁴²⁹ sustenta que “não há limites ou bitolas nesse exame” e que a jurisprudência é “uniforme e constante no sentido de que a competência do oficial do Registro no exame dos documentos que lhes são apresentados é ampla, sem restrições para decidir se são válidos, se estão conformes e de acordo com a lei”⁴³⁰.

Assim, a tese de Carvalho ora redundante em subjetivismos relativistas, a exemplo da teoria do saber prudencial do registrador, ora a textualismos rasteiros, conforme se verifica na decisão proferida pela 1ª Vara dos Registros Públicos da Comarca de São Paulo, processo nº 1111191-68.2016.8.26.0100, assim ementada: “Dúvida - Registro de instrumento de alienação fiduciária da propriedade superveniente - Inviabilidade - Princípio da Legalidade - Rol taxativo do artigo 167 da Lei de Registros Públicos - Dúvida procedente”⁴³¹.

O artigo 167 da Lei dos Registros Públicos prevê uma relação de direitos suscetíveis de registro. Contudo, conforme já foi tratado no capítulo inaugural deste estudo, tal dispositivo não é exauriente, pois a lei ou a característica do direito (gerar efeitos reais, por exemplo) poderá recomendar a sua inscrição. Assim, negar acesso de determinado direito ao álbum imobiliário com base na suposta taxatividade do

⁴²⁹ SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 52 e 54, jul./dez. 1981.

⁴³⁰ Ao estudar os trabalhos dos referidos autores deve-se ter em conta que os textos foram escritos antes da CF/88 e da Lei nº 8.935/94, momento em que os registradores lutavam por independência no exercício das suas atribuições. Além disso, nas décadas de 70 e 80 o positivismo normativistas kelseniano imperava na dogmática jurídica e poucos juristas estavam preocupados em estabelecer critérios para as decisões jurídicas. Contudo, não se pode deixar de destacar que a despreocupação com o estudo de uma teoria da decisão tem refletido, negativamente, na forma com o serviço vem sendo atualmente realizado por parte dos delegatários de registros de imóveis, ou seja, baseado em teses não filtradas pela CF/88.

⁴³¹ No mesmo sentido, Apelação Cível nº 70069852457, Décima Oitava Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Des. João Moreno Pomar. Acórdão, de 25 /08/2016, assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO DE IMÓVEIS. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA REGISTRAL. REGISTRO DE INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E CONSTITUIÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL EM GARANTIA. PROPRIEDADE SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE. O oficial de registro imobiliário tem sua atuação delimitada pelo princípio da tipicidade de modo que são registráveis somente os títulos ou atos previstos em lei. A alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é passível de registro, diferentemente da alienação fiduciária sobre a denominada “propriedade superveniente”, nos termos do art. 167, inc. i, item 35, da lei dos registros públicos. – Circunstância dos autos em que inviável o registro por se tratar de propriedade superveniente; e se impõe acolher o parecer da procuradoria de justiça e manter a sentença. RECURSO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (18. Câmara Cível). **Apelação civil 70069852457 RS**. Apelantes: J. L. B e A. R. C. S.; Apelado: Registro de Imóvel da 1 Zona. Relator: João Moreno Pomar, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/379338433/apelacao-civel-ac-70069852457-rs/inteiro-teor-379338446>. Acesso em: 03 jul. 2020.

artigo 167 da Lei nº 6.015/73 é exemplo típico de pretensão objetivista limitada à análise rasa do enunciado.

A alienação fiduciária da propriedade plena superveniente discutida na suscitação de dúvida relativa à ementa acima transcrita, desde que pactuada por quem detenha direito real de aquisição sobre bem imóvel, como é o caso, por exemplo, do devedor fiduciante (art. 1.368-B do CCB) e do promitente comprador (art. 1.417 do CCB), é passível de registro, pois, ainda que se trate de direito real sobre o qual pende condição suspensiva (a aquisição definitiva da propriedade), produz efeitos perante terceiros que não participaram da sua pactuação. É que, conforme estabelece o artigo 126 do Código Civil, se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva (se o promitente comprador ou o devedor fiduciante fizer disposições sobre a propriedade superveniente a que têm direito, por exemplo), e, pendente esta (pendente a condição suspensiva que gerará o implemento da alienação fiduciária), fizer quanto àquela (quanto à propriedade superveniente) novas disposições (transmissão do direito real de aquisição, por exemplo), estas não terão valor, realizada a condição (que implementará a alienação fiduciária), se com ela forem incompatíveis. Assim, dar publicidade à alienação fiduciária sobre a propriedade superveniente é medida ajustada ao sistema registral imobiliário e direcionada a promoção de segurança jurídica, pois os efeitos da sua pactuação atingirão terceiros que eventualmente contratarem com o titular do direito real de aquisição.

Se isso não bastasse, registrar a alienação fiduciária da propriedade superveniente é um direito do credor. Nos termos do artigo 130 do Código Civil, ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo. Ora, em se tratando de bens imóveis, a forma adequada de conservar direitos é inscrevê-los no registro de imóveis.

Entende-se importante referir, por fim, que o registro da alienação fiduciária sobre a propriedade superveniente também não contraria o tipo legal previsto na Lei 9.514/97, que instituiu a alienação fiduciária sobre bens imóveis no Brasil. O artigo 22, §1º, da referida lei estabelece que a alienação fiduciária poderá ter como objeto, dentre outros direitos, a propriedade plena. No caso da alienação fiduciária da

propriedade superveniente, o objeto da garantia é, justamente, a propriedade plena, só que futura, pois pendente de condição suspensiva⁴³².

Indicados os principais fundamentos das teorias que têm norteado a qualificação registral nas últimas décadas e demonstradas as consequências das suas aplicações, o próximo subcapítulo será destinado à análise crítica das citadas teorias, à luz da CHD. A reflexão pretendida é viabilizada pelo distanciamento temporal em relação ao momento de criação das teorias do saber prudencial e da legalidade, na medida em que permite avaliar criticamente os pré-juízos que constituem a força propulsora da compreensão predominante, abrindo caminho para a construção de novos horizontes, que, seguindo a matriz teórica que conduz este estudo, serão conquistados a partir da elaboração de uma situação hermenêutica⁴³³.

4.2 As teorias do saber prudencial e da legalidade como problemas: o enfrentamento da discricionariedade do registrador

Os estudos de Carvalho e Dip foram fundamentais para o desenvolvimento teórico do serviço de registro de imóveis enquanto atividade jurídica, bem como para o reconhecimento da autonomia do registrador no exercício das suas atribuições. Assim, a reflexão crítica que será realizada neste subcapítulo não pretende diminuir a importância das teorias da legalidade e do saber prudencial ou afirmar que tudo que foi pensado ou feito com base nelas está errado. O objetivo é resgatar o debate sobre as teses que têm norteado a qualificação registral⁴³⁴, relegado ao segundo plano pelos juristas dedicados ao estudo da matéria⁴³⁵, a fim de dar um passo

⁴³² Este também é o entendimento de Chalhoub, para quem “a constituição dessa espécie de garantia não tem por objeto o direito aquisitivo, que se encontra no patrimônio do devedor-fiduciante, mas, sim, o futuro direito de propriedade, do qual o fiduciante se tornará titular quando implementada a condição suspensiva (pagamento); disso resulta, obviamente, que a eficácia da garantia (nova) fica subordinada ao implemento dessa condição”. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6, p. 159.

⁴³³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e ciência jurídica**: gênese conceitual e distância temporal. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Organizadores: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 50-51.

⁴³⁴ Debate que Dip estimulou tanto indiretamente, pela complexidade e profundidade de sua obra, quanto diretamente, quando afirmou, no seu primeiro texto sobre a tese do saber prudencial do registrador, estar no aguardo que “o engenho de outros complementem e suplementem” suas reflexões. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 34, jan./jun. 1992.

⁴³⁵ Nos termos demonstrados no subcapítulo 4.1, a doutrina registral, em geral, costuma aderir a uma das teorias estudadas. Também não é incomum encontrar autores que, inadequadamente, fazem a mixagem de ambas (nesse sentido, ver: KERN, Marinho Dembinski; COSTA JÚNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. **Princípios do registro de imóveis brasileiro**. Coord. Alberto

adiante em relação às citadas teorias, no sentido de passar a pensar a atividade registral imobiliária à luz de uma matriz teórica que coloque em destaque a revolução copernicana instaurada no Direito pela Constituição Federal de 1988.

As compreensões inerentes aos paradigmas jurídicos e filosóficos que estão na base das teorias do saber prudencial e da legalidade, e que remetem os oficiais de registro a decidirem de forma discricionária, serão estudados a partir das principais características das duas teses, o que, de imediato, se passa a fazer. Conforme o que foi estudado no subcapítulo anterior, pode-se dizer que as cinco principais características da **teoria do saber prudencial do registrador** são as seguintes:

a) *Primeira* característica: foi formulada a partir da crise que Dip identifica na Filosofia Jurídica – que deveria conduzir a uma reflexão acerca dos fundamentos éticos do direito e não a uma sistematização ou do direito posto ou de intentos dialéticos de modificação social, que, segundo argumenta, levam apenas a sua instrumentalização – e da laicização do Direito – que o torna, conforme Dip, produto arbitrário ou da vontade do legislador ou da vontade do juiz, com o desprezo, ontológico ou ao menos gnosiológico, da ordem universal imposta por Deus Criador.

Tratar o direito como um sistema ou uma mera racionalidade instrumental é um problema que a CHD também identifica e, assim como Dip, reputa ao positivismo jurídico, nos termos estudado no capítulo anterior. Contudo, ao contrário de Dip, que, como será aprofundado mais adiante, busca superar o positivismo resgatando o jusnaturalismo – o que implica em posicionar o Direito como um ramo da moral, diminuindo a sua autonomia e abrindo as portas para decisões discricionárias, já que, como alertou Kelsen⁴³⁶, não há uma única moral –, a CHD reconhece a existência de elementos morais no Direito, mas, tais elementos, depois de institucionalizados (depois que o Direito está posto), não podem vir a corrigi-lo no âmbito da aplicação.

Agir de forma contrária, ou seja, permitir correções morais da lei pelo aplicador

Gentil de Almeida Pedrosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 214 e seg. (Coleção Direito Imobiliário, v. 2)). O que se pretende com a análise crítica das citadas teorias é romper com o senso comum e chamar a atenção para a necessidade de discutir as pré-compreensões que fundamentam as teses que têm norteado a qualificação registral nas últimas décadas. Já é passada a hora de deixarmos de ser como os longos vermes gordos roedores de livros da obra Dom Casmurro, de Machado de Assis, que, quando perguntados sobre o que havia nos textos roídos por eles, responderam: “nós não sabemos absolutamente nada dos textos que roemos, nem escolhemos o que roemos, nem amamos ou detestamos o que roemos; nós roemos”. ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. São Paulo: Abril Cultural, 1981. p. 26.

⁴³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75.

(manifestação da razão prática), ainda que tais correções apareçam disfarçadas de interpretação, conduz ao império de decisões discricionárias (solipsistas) e desiguais, ainda mais quando se pensa o fenômeno jurídico, nos termos da proposta de Dip, vinculado ao direito natural desenvolvido por Tomás de Aquino, que possui forte viés religioso. Na religião, vale lembrar, a moral é voltada à esfera privada, e não pública, como se espera em um Estado Democrático de Direito, no qual os princípios que dão sustentação às regras jurídicas decorrem de uma construção intersubjetiva. Em um Direito construído democraticamente, o certo ou o errado deve ser decidido a partir do ponto de vista público, e não privado, a final, os usuários do serviço de registro de imóveis não querem saber se o registrador acha (prudente) que determinado título deva ser registrado ou se determinada exigência para a lavratura do ato deixa o negócio mais seguro, mas sim se o Direito prevê a possibilidade/obrigatoriedade do registro ou impõe determinada exigência para a sua lavratura.

Além disso, se a laicização do Direito, de um lado, o tornou produto arbitrário ou da vontade do legislador ou da vontade do intérprete (jugador) nos termos afirmados por Dip, de outro lado, o afastou das decisões arbitrárias do suposto intérprete de Deus (numa espécie de resgate da figura mitológica de Hermes). É necessário reconhecer que a submissão a um Deus já não representa o consenso da comunidade civil do século XXI, não podendo, portanto, servir como fundamento jurídico.

Assim, por reconhecer os equívocos das posturas que levam à procura da vontade do legislador ou à aceitação de que a decisão é produto da vontade do titular da decisão jurídica, este estudo busca respostas na CHD, que conceitua o Direito como um fenômeno interpretativo fundado em discursos de pré-compreensão construídos intersubjetivamente, e não a partir de pseudo objetivismos oriundos de essencialismos metafísicos ou de subjetivismos sustentados na plenipotenciabilidade do sujeito da modernidade. No paradigma hermenêutico, pouco importa o parâmetro moral do julgador na decisão. O intérprete, especialmente quando ocupa a condição de julgador representante do Estado, deve obedecer a moral construída pela coletividade, pela moral intersubjetiva da Constituição, se quiserem. O cidadão não vai ao Estado querendo saber a moral do julgador, mas a moral institucionalizada que o julgador tem o dever de seguir.

E quais são as consequências desse pressuposto para a atividade registral

imobiliária? É possível perceber até onde vão os efeitos dessa compreensão? Porque, veja-se: o direito à obtenção de respostas corretas também se aplica ao cidadão que se dirige ao serviço de registro de imóveis com o objetivo de que o delegatário lhe diga (através da qualificação registral) se o direito, formalizado em um título, está apto a ingressar no fólio real a fim de gerar os efeitos que lhe são próprios. Assim, é inadequado, para falar o mínimo, que se admita que cada registrador decida conforme o “seu prudente critério” ou que os registradores não mantenham a coerência entre as suas decisões, ora acatando um título, ora rejeitando-o, sob as mesmas circunstâncias, sem fundamentar a ruptura.

b) *Segunda característica*: define a qualificação registral como um juízo prudencial que se arrima à hierarquização sindérese, ética e direito positivo (desde que a lei seja produto da sindérese e da prudência governativa), na busca, em um caso concreto, por segurança jurídica.

Essa característica evidencia a vinculação da tese de Dip ao Direito natural medieval de Tomás de Aquino, o que, vale destacar, importa na assunção de alguns compromissos teóricos que terão influência direta no discurso jurídico construído a partir da referida vinculação, motivo pelo qual entende-se importante compreender os principais pressupostos da teoria aquiniana para, posteriormente, analisar as suas consequências em relação à qualificação registral. Embora defina a qualificação registral como um juízo prudencial, característica que será analisada a seguir, Dip utiliza a virtude aristotélica da prudência como o saber racional que permite ao ser humano mediar a aplicação dos primeiros princípios da razão prática em um caso concreto.

Na doutrina de Tomás de Aquino, tais princípios, que também são por ele chamados de primeiros princípios da lei natural ou do Direito natural⁴³⁷, são auto-evidentes, ou seja, são conhecidos apenas pela intuição dos dados da experiência e compreensão sobre os objetos (bens básicos) a que eles se referem e conduzem⁴³⁸. São, portanto, esses *insights* – “hábito natural pelo qual se conhecem os primeiros princípios e/ou os preceitos da lei natural, o qual, na razão prática, se constitui como o

⁴³⁷ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 38.

⁴³⁸ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 35.

suporte primeiro para o julgamento e o direcionamento de nossas ações”⁴³⁹, inclusive com prioridade em relação à lei positivada⁴⁴⁰, – que recebem a denominação de *sindérese* (*synderesis*). “*Synderesis* não é, portanto, a própria *Lex naturalis*, é, antes, o lugar antropológico [...] onde a *lex naturalis* se evidencia no homem”⁴⁴¹.

Conforme destaca Finnis, Santo Tomás negligencia esclarecimentos de como os princípios que orientam a razão prática são compreendidos, pois considera que “eles são entendidos e aceitos por todos aqueles que têm experiência suficiente para compreender seus termos”⁴⁴². Entretanto, ainda segundo o citado autor, seria possível entender como se dá o processo de compreensão dos primeiros princípios da razão prática ao relacioná-los com os bens básicos identificados por tais princípios e para os quais os seres humanos são conduzidos. O autor exemplifica o referido processo de compreensão em relação ao “bem básico do conhecimento”⁴⁴³, nos seguintes termos:

Como uma criança experimenta a inclinação para fazer perguntas e saúda respostas aparentemente satisfatórias com satisfação, e falhas ao responder com um desapontamento, em determinado ponto alguém vem a entender – tem o *insight* – que tais respostas são instâncias de uma possibilidade geralmente disponível, denominada de conhecimento, descoberta e superação da ignorância. Por um *insight* distinto posterior, ainda que frequentemente quase simultâneo, alguém entende que este – conhecimento – não é meramente uma possibilidade, mas também um bem [*bonum*], ou seja, uma oportunidade, um *benefício*, algo desejável como um tipo de aperfeiçoamento (uma *perfectio*) de sua própria condição ou a de qualquer um, e como algo *a ser perseguido*. (grifo do autor).⁴⁴⁴.

⁴³⁹ ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino*. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 142, 2011.

⁴⁴⁰ Conforme lembram Warat e Rocha, os jusnaturalistas atribuem “validade às normas positivas a partir de uma relação de concordância dos conteúdos de ditas normas com os conteúdos de um sistema de normas transcendental (normas do direito natural). Se os conteúdos coincidem, as normas positivas são válidas; em caso contrário, inválidas”. WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995. p. 45.

⁴⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado**: Antiguidade e idade média. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012. p. 308.

⁴⁴² FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 36.

⁴⁴³ Além do conhecimento, Tomás de Aquino, conforme destaca Finnis, ainda aponta como bens humanos básicos que os primeiros princípios práticos identificam: a vida; o matrimônio entre homem e mulher e a educação das crianças; o viver em amizade com os outros; a razoabilidade prática própria; e conhecer e relacionar-se apropriadamente com a causa transcendente (a existência e a providência de Deus) de todo o ser, valor, normatividade e ação eficaz. FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 37.

⁴⁴⁴ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 36.

No exemplo de Finnis fica evidente o caráter metafísico dos princípios da razão prática, pois a percepção do conhecimento pela criança como algo bom decorre de *insights* próprios da natureza humana. Assim, pode-se dizer que, na tese do aquinate, o ser do ente é, por natureza, constituído pelos primeiros princípios da razão prática, que delineiam os contornos e o florescimento das pessoas e conduzem à felicidade (*beatitudo*), servindo esta, na condição de fim último da vida humana, de fundamento para a identificação dos referidos princípios⁴⁴⁵.

É importante ter presente, também, que Tomás de Aquino desenvolve o conceito de *sindérese* a partir do contexto teológico do criacionismo, do ser enquanto participado, isto é, dos vínculos entre Criador e criatura⁴⁴⁶. Conforme destaca Albertuni⁴⁴⁷, na conjuntura teológica, “a *sindérese* representa no ser humano uma retidão imutável, uma garantia ontológica da bondade do ser, impressa na alma racional pelo seu Criador”.

Essa retidão imutável está na parte mais pura da consciência do ser humano, que é a responsável por apreender (independentemente da linguagem⁴⁴⁸) os primeiros princípios da razão prática a fim de que sejam aplicados aos casos particulares⁴⁴⁹. Esse lugar mais alto do juízo da consciência (domínio universal),

⁴⁴⁵ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 27.

⁴⁴⁶ ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino*. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 159, 2011.

⁴⁴⁷ ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino*. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 162, 2011.

⁴⁴⁸ Ferreira Neto aprofunda esse ponto a partir de argumentos que buscam afastar a compreensão de que a lei natural, por ser formulada em termos de preceitos, seria reflexo de expressões linguísticas do ser humano e de que a linguagem seria, assim, constitutiva de toda a realidade, inclusive da lei natural. Segundo o autor, “ainda que a linguagem exerça um importantíssimo papel para o conhecimento e a comunicação da lei natural, não se pode afirmar que o seu fundamento esteja localizado no modo como a expressamos linguisticamente. A comunicação linguística se dá com base em ações e atos comunicativos, os quais são atos proferidos por pessoas, que são, por sua vez, orientadas pela lei natural. Sem ela, a linguagem não poderia alcançar o seu fim nem o seu exercício não poderia ser avaliado, plenamente, como bem sucedido. A ação e a linguagem são, pois, dois modos distintos, mas correlatos, de esclarecer os motivos que direcionam o indivíduo a um fim. Do mesmo modo que as palavras podem explicar determinada ação, muitas vezes, algumas ações são o único modo concreto de se compreender adequadamente determinadas palavras”. FERREIRA NETO, Arthur Maria. **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. f. 256. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020. Esse esclarecimento a respeito de como os jusnaturalistas entendem a linguagem é importante para a compreensão do problema central tratado neste subcapítulo, a discricionariedade. Por não considerarem o giro ontológico-linguístico, os jusnaturalistas não conseguem compreender que a linguagem não é uma ferramenta que se coloca entre o sujeito e o objeto, tema que será aprofundado a seguir.

⁴⁴⁹ ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino*. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 156, 2011.

nunca erra. Eventuais erros advêm dos demais elementos impuros (domínio particular) que habitam na consciência. A infalibilidade da sindérese é, assim, absorvida pela falibilidade da consciência⁴⁵⁰. Sobre esse ponto, Albertuni⁴⁵¹ faz as seguintes considerações:

Então, por um lado, a sindérese nunca erra, pois é o conhecimento natural dos primeiros princípios sobre aquilo que é matéria de ação, assim como o intelecto dos primeiros princípios sobre aquilo que é a matéria de especulação nunca erra, conforme afirma a autoridade de Aristóteles: 'intellectus autem semper rectus este'. Por outro lado, o erro não se encontra na razão no seu juízo universal da sindérese, que fornece a premissa maior do silogismo prático, mas no seu juízo particular, quando a consciência, no momento da deliberação, não aplica de modo correto os princípios universais ao caso particular, pois ora a razão superior ora a razão inferior fornecem uma premissa menor falsa, ou mesmo acontece um defeito na própria aplicação. Assim, o erro na conclusão particular, além de ser causado por alguma falha no silogismo prático, isto é, na ordem do conhecimento, pode também acontecer na ordem volitiva, quando se erra na 'escolha' (*electio*), pois a vontade, pervertida por alguma paixão ou hábito, não segue o bem apreendido pela razão. É ainda possível que o juízo da razão seja desviado por alguma paixão ou algum hábito. (grifo do autor).

Do exposto, tem-se que a sindérese, como paradigma filosófico (*standard* de racionalidade), é

a garantia moral de que o ser humano também pode descobrir, pelo esforço de sua razão, aquilo que já lhe é dado pela revelação, ou seja, que ele deve buscar o bem e evitar o mal, possibilitando que na contingência do agir humano se reflitam os propósitos da lei eterna⁴⁵².

É com base nessas premissas que se tenta afastar o pensamento tomista de subjetivismos e relativismos⁴⁵³. Sobre esse ponto, Albertuni⁴⁵⁴ afirma que

⁴⁵⁰ ALBERTUNI, Carlos Alberto. Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 156-157, 2011.

⁴⁵¹ ALBERTUNI, Carlos Alberto. Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 153, 2011.

⁴⁵² ALBERTUNI, Carlos Alberto. Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 162, 2011.

⁴⁵³ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 42.

⁴⁵⁴ ALBERTUNI, Carlos Alberto. Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 149, 2011.

Tomás de Aquino tem o cuidado, na solução da questão, de ratificar o seu intelectualismo e afastar qualquer interpretação voluntarista da *sindérese*, mostrando que a expressão 'instigare ad bonum et murmurare de malo' significa que, através do hábito dos primeiros princípios, isto é, da *sindérese*, buscamos descobrir ('instigare ad bonum') e julgamos o que encontramos ('murmurare de malo'). Nesse sentido, faz-se necessário notar que a relação da *sindérese* com a vontade é explicitada por Tomás de Aquino no *Escrito*, quando observa que a vontade, como princípio que inclina para o bem, é vontade racional conforme pertence à natureza do ser humano ou ainda conforme é consequência da apreensão natural dos princípios universais do direito. Mais adiante, no mesmo artigo, ao diferenciar vontade natural e vontade deliberativa, ele afirma que a vontade enquanto natural é aquela que decorre dos princípios indemonstráveis da razão na ordem da ação, que são naturalmente conhecidos e, por sua vez, se apresentam como fins e revelam que o fim é conhecido naturalmente pela razão como sendo bom e devendo ser apetecido. Já a vontade deliberativa é o juízo da escolha, que se segue ao conhecimento da razão enquanto é discursiva, e não enquanto conhece naturalmente, por isso essa vontade pode tender para o bem ou para o mal, pois a razão inquiridora pode errar tanto na ordem especulativa quanto na ordem prática.

O argumento central para afastar a *sindérese* do relativismo é construído, portanto, a partir da premissa de que a decisão enquanto produto da razão prática decorre de princípios, dotados de retidão e universalidade, que fazem parte da natureza humana do julgador (apreensão natural dos princípios universais do direito) e, nessa condição, não podem ser afastados conscientemente (a *sindérese* nunca se apaga). Portanto, a decisão que não segue os primeiros princípios é formulada no nível da razão enquanto discursiva (vontade deliberativa) e não no plano da razão prática (vontade natural).

Esclarecido o conceito de *sindérese* em Tomás de Aquino, é importante analisar, também, a fim de esgotar a compreensão da hierarquização *sindérese* / ética / direito positivo, como se dá a relação da *sindérese* com a ética e com a lei, o que, entende-se, deve ser estudado a partir da premissa aquiniana de que as escolhas do ser humano são livres. Isso porque, existindo alternativas para ação, "a atividade central da razão prática é a deliberação a respeito do que fazer"⁴⁵⁵. Nas palavras de Borges⁴⁵⁶, "o ser humano é livre e assim pode dispor dos meios necessários para a consecução de sua felicidade. Mas, para que tal coisa aconteça

⁴⁵⁵ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 30.

⁴⁵⁶ BORGES, José Francisco Martins. A relação entre lei, razão prática e agir moral em São Tomás de Aquino. **Filosofazer**, Passo Fundo, v. 46, n. 1, p. 55, 2016.

faz-se necessário que ele utilize a sua razão, reconheça e siga os princípios expressos pela razão prática”.

Nesse sentido, ao realizar a deliberação, as pessoas são guiadas por padrões éticos e legais, que promovem a adequação da razão prática (voltada ao bem geral) aos fins perseguidos (bem particular). Contudo, para conduzirem a decisões corretas, tais padrões devem ser fundamentados nos primeiros princípios da razão prática⁴⁵⁷, que são inferíveis do primeiro princípio absoluto: o bem é para ser perseguido e feito, e o mal evitado⁴⁵⁸.

Conforme destaca Finnis⁴⁵⁹, embora Tomás de Aquino não tenha sido explícito sobre como dos primeiros princípios práticos se originam princípios, preceitos ou regras morais, “uma reconstrução de suas afirmações dispersas deixa claro o bastante que em sua opinião uma primeira implicação do conjunto dos primeiros princípios, cada um nos conduzindo a bens realizáveis, tanto em relação aos outros, como em relação a si mesmo, é esta: que se deveria *amar ao próximo como a si mesmo*”. E esse princípio moral – que o aquinate denomina de supremo, pois dele derivam todos os demais –, juntamente com a denominada Regra de Ouro (“os outros devem ser tratados por mim como eu desejaria que me tratassem”), estaria na base do conceito de Direito e Justiça, pois, ao deliberar, deve-se ter em conta o efeito que a decisão terá sobre as demais pessoas (“amar alguém é essencialmente querer o bem dessa pessoa”⁴⁶⁰).

O princípio moral supremo, inferível do primeiro princípio absoluto da razão prática e do qual os demais princípios morais são inferidos, também deve ser o enfoque das leis. Isso porque, “amar o próximo requer um viver em comunidade política com os outros, pois o bem-estar e o(s) direito(s) de todos ou de quase todos nós são dependentes da existência bem disposta de instituições governamentais e jurídicas”⁴⁶¹, garantindo, a partir das leis da comunidade política, aquilo que se

⁴⁵⁷ BORGES, José Francisco Martins. A relação entre lei, razão prática e agir moral em São Tomás de Aquino. **Filosofazer**, Passo Fundo, v. 46, n. 1, p. 54, 2016.

⁴⁵⁸ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 33-34.

⁴⁵⁹ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 42-44.

⁴⁶⁰ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 43.

⁴⁶¹ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 59 e 71.

denomina de bem comum. Assim, conforme refere Böckenförde⁴⁶², para Tomás de Aquino “a lei nada mais é do que um comando da razão dirigido ao bem comum dado a conhecer por aquele que é responsável por cuidar da comunidade”, entretanto, deve-se ter presente que, no tomismo, “toda a lei ordenada pelo homem somente tem força de lei se for derivada da *lex naturalis*, caso contrário, se dela se desviar, não é mais lei”.

Compreendida a base teórica que sustenta a hierarquização sindérese / ética / direito positivo, a qual Dip submete a qualificação registral, é forçoso concluir que tal proposta abre as portas para decisões discricionárias. Ora, se os princípios da razão prática – que são conhecidos por *insights* (sindérese) – se constituem como o suporte primeiro para o julgamento e o direcionamento das ações humanas, ao realizar a qualificação registral o delegatário acaba primeiro decidindo, com base na sua consciência (com o seu “bom arbítrio”, para usar o termo mencionado na decisão paulista referida no subcapítulo anterior⁴⁶³), para depois fundamentar a decisão – momento que estaria autorizado pela hierarquização liderada pela sindérese a ajustar o Direito ao que foi decidido, seja ele constituído ou não pela moral, pois, em Tomás de Aquino, tanto a ética quanto a lei devem ser fundamentados nos primeiros princípios da razão prática.

Nessa proposta, como a resposta ao problema é formulada na consciência do ser humano (com base nos princípios apreendidos pela “retidão imutável” que nela reside), o sujeito passa a ser o fiador de que a sua decisão (*rectius*, escolha) deriva da aplicação dos primeiros princípios da razão prática e, portanto, está correta. O Direito natural é utilizado, assim, como “recurso teórico a serviço da superação dos

⁴⁶² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado**: Antiguidade e idade média. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012. p. 290 e 292.

⁴⁶³ A utilização do termo “bom arbítrio” pelo Tribunal Paulista permite pular o debate acerca da inexistência de diferença entre arbitrariedade e discricionabilidade. Contudo, a fim de posicionar o leitor a respeito da discussão, coloca-se o problema, com base na doutrina de Streck, nos seguintes termos: “quando se afirma que a discricionabilidade abre as portas para arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle contudístico. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama discricionabilidade é um espaço de ‘anomia’ no qual o intérprete põe o Direito. Um exercício simples pode ilustrar isso: como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que o outro foi apenas ‘discricionário’? No fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é uma escolha discricionária (ou, por que não, arbitrária?!). STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 81. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

desacordos valorativos no direito, apresentando os valores como inseridos na natureza das coisas⁴⁶⁴.

As conclusões acima partem do pressuposto de que as tentativas de afastar o pensamento tomista de voluntarismos como base no argumento de que a *sindérese* representa uma retidão imutável, que estaria na parte mais pura da consciência do ser humano (na sua essência), formada pelos primeiros princípios que lhe são dados pelo Criador (formulação teológica da metafísica clássica), não se sustentam, pois estão fundadas em paradigmas filosóficos que foram superados pelas viradas linguística e hermenêutica. Ao contrário da metafísica, que entifica o ser na busca por um fundamento último (*fundamentum inconcussum*), ou seja, ao perguntar o que é o ente leva em consideração o ente como tal (no Direito, isso é representado pela constante procura pela natureza jurídica de tudo o que é estudado⁴⁶⁵), a filosofia hermenêutica coloca em destaque o ser, sendo, portanto, na transcendentalidade (não clássica) do Dasein, como ser-no-mundo, que o ser do ente estará constantemente se revelando, e não na pseudo essência, imóvel, do ente⁴⁶⁶ – o que, entende-se, também se aplica ao tomismo, pois, embora considere a experiência sensível para acessar a verdade (que coloca Santo Tomás entre os realistas filosóficos moderados), parte do pressuposto de que o sujeito sempre começa com o que lhe é dado⁴⁶⁷.

Soma-se a isso o fato de que, com os giros da filosofia da linguagem (do positivismo lógico à filosofia da linguagem ordinária), ficaram superadas as falsas

⁴⁶⁴ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995. p. 75.

⁴⁶⁵ Ao denunciar o problema, Warat e Rocha chamam a atenção para o fato de que a procura por essências no Direito “não constituiu mais do que uma tentativa de apresentar, como pertencente à própria ordem da natureza, as representações simbólicas que reasseguram no plano da linguagem as relações de poder”. WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995. p. 59.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 123-124 e 226-227. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁴⁶⁷ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 4, p. 2885. Conforme refere Böckenförde, a vinculação do homem com o que lhe é dado funciona, em Tomás de Aquino, da seguinte forma: o homem é livre para fazer avaliações, porém a sua razão “não flutua autonomamente, mas estribada nos princípios que lhe foram gravados e na orientação fundamental decorrente das propensões naturais da pessoa. Segundo Tomás, essa capacidade da razão tem sua localização (metafísica) na própria *sindérese* enquanto dotação natural do homem, no *habitus* da razão, que determina de modo irreversível os princípios do agir moral. Na *sindérese*, o homem não tem um arsenal disponível *a priori* de juízos morais, mas, sim, a capacidade de reconhecer, diante da emergência de problemas éticos concretos, o que é bom e o que é ruim, julgando corretamente o significado ético dos fatos duvidosos”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado**: Antiguidade e idade média. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012. p. 287.

crenças de que as coisas possuem essência e de que o seu sentido nos é dado, seja pela natureza, seja por Deus – isso fica muito claro quando Wittgenstein, ao dialogar com Santo Agostinho nas primeiras páginas das suas investigações filosóficas⁴⁶⁸, demonstra que o sentido das palavras é construído intersubjetivamente, ou seja, nem nos é dado, nem é definido solipsisticamente. Diante disso, se as coisas não são o que são em razão da sua essência, permitir que as decisões sejam produto da consciência, como é o caso da teoria do saber prudencial do registrador, abre as portas para que os julgadores assujeitem os sentidos, deslocando o fundamento das decisões da essência das coisas (que não existem) para o sujeito pensante, o que acaba por – talvez até não intencionalmente – posicionar a referida teoria no paradigma da filosofia da consciência, inaugurado com a modernidade.

A libertação do Direito da busca por um fundamento último, que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência⁴⁶⁹, só ocorrerá com o despertar dos juristas para giro ontológico-linguístico. A partir da constatação de que o conhecimento decorre de uma estrutura prévia de sentido (discurso de pré-compreensão) estabelecido por uma linguagem pública, produzida de forma intersubjetiva e que é condição de possibilidade para estarmos no mundo e nos relacionarmos com os objetos, não há como sustentar doutrinas jurídicas que reduzam a complexa tarefa de decidir à consciência do intérprete (ao seu livre convencimento). Conforme destaca Streck⁴⁷⁰,

esse tipo de pensamento, além de estar ancorado em um paradigma epistemológico da filosofia da consciência – em que o mundo é produto de uma razão solipsista ou uma vontade que respeita apenas à autoridade de si mesma –, possibilita que o intérprete escolha os resultados de sua interpretação e, posteriormente, busque algum fundamento (na legalidade ou até mesmo fora dela) para justificar suas escolhas realizadas arbitrariamente. Por isso, uma hermenêutica jurídica inserida em um contexto a partir do giro ontológico-linguístico busca encontrar um caminho no Direito que se coloque para além de essência e consciência. Como bem refere Ernildo Stein (2010), a hermenêutica encontra-se em um locus intermediário entre objetivismos e subjetivismos.

⁴⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁴⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 124. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 126. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

Assim, não é possível falar em segurança jurídica (enteléquia da atividade registral imobiliária, conforme afirma Dip) e ao mesmo tempo sustentar que o registrador decide conforme a sua consciência. Que segurança tem o usuário do serviço quando a decisão é dada conforme a consciência do registrador (ainda que a decisão esteja alicerçada por uma instância transcendente – o Criador ou a natureza – com pretensões de objetividade)?

Qualquer defesa da segurança jurídica que esteja lastreada na consciência do julgador se transforma na defesa de uma insegurança jurídica ou em defesa da segurança do decidir individualista da consciência de si do pensamento pensante, colocando o usuário do serviço na arquibancada, torcendo para que o registrador seja uma pessoa de bem, capaz de apreender, a partir da sua vontade racional, própria da natureza do ser humano, os princípios universais do direito (sic)⁴⁷¹ que o conduzirão à melhor resposta. É necessário que se diga: isso não dá segurança para ninguém!

É importante ter presente, ainda, que, quando se elabora uma teoria da decisão com base em uma matriz teórica que iguala decisão a escolhas, automaticamente se está assumindo compromissos que são próprios do paradigma filosófico que dá sustentação à teoria elaborada. No caso da tese de Dip, defender que a decisão deve ser dada conforme a consciência do registrador afasta a atividade de todas as conquistas do giro ontológico-linguístico do século XX.

A consequência disso é que, em vez de proferir uma decisão que respeite uma estrutura – um *a priori* compartilhado que compreende a reconstrução da história institucional do Direito, com coerência e integridade –, o registrador, com base na tese do saber prudencial, está autorizado a prolatar a decisão de acordo com o que

⁴⁷¹ Conforme destaca Streck, nesta quadra da história, não é mais possível falar em princípios gerais do direito. Tais princípios “surgiram dentro de um contexto jusnaturalista racionalista no qual o direito poderia ser conhecido e construído de maneira completa e sistemática pela razão. Eram entendidos como axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realizava a dedução, eram conhecidos por intermédio de um raciocínio axiomático e indutivo do próprio sistema legal vigente. ‘Dito de outro modo: é da própria lei que se tira o conteúdo que será articulado o argumento dos princípios’. Ocorre que os princípios gerais do direito, mesmo provenientes de uma tradição do direito natural, foram adaptados ao positivismo jurídico, seja como axiologia imanente dos textos legais, ou ideias de justiça que permitiriam ao intérprete maior liberdade para dizer o direito. Atualmente, os estudos deveriam ser norteados na compreensão acerca dos princípios constitucionais que rompendo com o positivismo institucionalizam o mundo prático no direito e mantêm sua coerência e integridade. A continuidade do enfoque principiológico nos princípios gerais do direito é desconsiderar uma abordagem paradigmática ruptural. Como resultado os princípios jurídicos permanecem sendo conceituados como ‘positivação de valores’ ou como uma ‘sofisticação’ dos velhos princípios gerais do direito que agora migram para os textos constitucionais”. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 40. Livro eletrônico.

a sua consciência indicar. E o perigo de se pensar a qualificação registral dessa forma reside na possibilidade de o registrador valer-se de argumentos criados *ad hoc*⁴⁷² para legitimar as decisões que, segundo a sua consciência, apontam na direção da sua concepção de segurança jurídica, e que, talvez, possa ser diferente da concepção de outro registrador, ou, ainda pior, seja distinta da concepção de segurança jurídica que a ordem constitucional institucionalizada outorgou ao agente público registrador.

Conforme foi estudado no segundo capítulo deste trabalho, a decisão jurídica, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não pode ser feita dessa forma, ou seja, mediante escolhas que pressupõem juízos morais internos (subjetivos) do julgador e que, conseqüentemente, admitem mais de uma resposta correta (como o fazem as teorias do Direito inseridas na tradição da lei natural⁴⁷³). Nesses termos, a razão prática pode ser explicada e servir de fundamento para realizar escolhas (atos de agir estratégico), mas não decisões jurídicas (atos estatais de responsabilidade política).

Em razão do exposto, entende-se que a teoria da qualificação registral deve ser pensada a partir da hermenêutica de cariz filosófico, nos termos realizados pela Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse paradigma, o registrador deve buscar a verdade na tradição, nas práticas construídas socialmente e na moralidade institucionalizada (intersubjetiva), passando do esquema sujeito-objeto, próprio da razão prática solipsista, para o esquema sujeito-sujeito, lastreado naquilo que lhe é entregue pela tradição.

Dito de outra forma, uma teoria do Direito preocupada com a democracia (com a legitimidade do Direito, portanto), na qual a Justiça, para além de uma virtude, é um direito das pessoas, deve superar a dicotomia sujeito-objeto, que está na base dos objetivismos (e.g. sustentar que o sentido está na lei ou que é mais importante aquilo que o legislador quis dizer do que aquilo que ele, de fato, disse) e subjetivismos (e.g. dizer que o sentido é atribuído pela consciência do intérprete, aos moldes do livre convencimento). Nos termos propostos pela CHD, conforme foi

⁴⁷² Sobre esse ponto, cabe chamar a atenção para o problema da proliferação de princípios na atividade registral imobiliária, que, na hierarquização proposta por Dip (sindérese – ética – lei), assumem posição privilegiada em relação à lei, abrindo a interpretação. O que, no âmbito da aplicação, acaba por permitir que, através de tais princípios, a lei seja corrigida. Esse problema será aprofundado a seguir.

⁴⁷³ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 107.

estudado no subcapítulo anterior, a atribuição de sentido deve ser produto da síntese hermenêutica, ou seja, das pré-compreensões oriundas da tradição na qual o intérprete está inserido, pois não há mais sujeito isolado dando respostas que intui da luz divina ou formula com base no seu *cogito* (a partir da sua percepção)⁴⁷⁴. Isso porque, usando as palavras de Streck, “sem o controle desse privilégio cognitivo, não há democracia”⁴⁷⁵.

c) *Terceira* característica: o juízo que orienta a qualificação registral é originado na identificação do saber do registrador como sendo do tipo prudencial.

Aristóteles desenvolve a virtude da prudência (*phrónesis*) como a disposição que permite deliberar corretamente sobre o que é bom ou mau para o homem – não em si, mas no mundo tal como é, não em geral, mas em determinada situação – e como agir em consequência dessa deliberação. Pelo fato de haver-se com o verdadeiro, com o conhecimento e com a razão, a prudência é a virtude cardeal que condiciona as outras três (temperança, coragem e justiça). Sem a prudência, nenhuma das outras virtudes saberia o que fazer para chegar ao fim⁴⁷⁶. Nas palavras do estagirita⁴⁷⁷,

a virtude não é meramente uma disposição que se conforma à justa razão, mas uma disposição que coopera com a justa razão, e a prudência é a justa razão em assuntos referentes à conduta. [...] mesmo que a prudência não tivesse valor prático (utilidade) [no que respeita a conduta humana], ainda assim seria necessária porque é aquela virtude da parte do intelecto à qual a conduta [humana] é pertinente; acresça-se que a nossa escolha das ações não será correta sem prudência tanto quanto sem virtude moral, uma vez que se, por um lado, a virtude moral nos capacita a atingir o fim, a prudência nos capacita a atingir o meio certo para atingi-lo.

Como a virtude que capacita o ser humano a escolher os meios necessários

⁴⁷⁴ Tratar a qualificação registral como uma virtude orientada pela intuição de quem presta o serviço seria o mesmo que afirmar (equivocadamente) que a obra do artista é fruto do seu dom. No texto “A filosofia da composição” Edgar Allan Poe, ao analisar o processo de composição do seu poema “O corvo”, demonstra como se dá o árduo trabalho da composição literária, que nada tem a ver com dom (POE, Edgar Allan. **Poemas e ensaios**. São Paulo: Globo, 1999). Assim como para escrever um poema é necessário ter conhecimentos substanciais sobre o que é poesia, para realizar a qualificação registral é necessário conhecer as características da atividade que foram (e seguem sendo) construídas pela tradição.

⁴⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 101. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁴⁷⁶ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 37.

⁴⁷⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2013. p. 199-200.

para atingir o fim, será a *phrónesis* que auxiliará na construção do denominado silogismo prático, que, por sua vez, apontará a melhor decisão. Conforme destaca Engelmann⁴⁷⁸, em Aristóteles,

a construção do 'silogismo prático', parte de duas premissas: a primeira, que normalmente é designada por 'premissa maior', 'através de cuja afirmação o agente declara qual bem está em questão ao agir ou não agir como deve'; em sequência, é acrescentada a segunda premissa, que apresenta a situação da vida: 'através de cuja afirmação o agente declara em que situação, uma vez que este bem está em questão, a ação é exigida'. A parte final do raciocínio assim delineado é a ação exigida, ou seja, a conclusão. O papel da *phrónesis* é justamente auxiliar a construção do 'silogismo prático', identificando 'apenas quais circunstâncias são relevantes e, portanto, que premissas devem ser utilizadas na construção deliberativa'. (grifo do autor).

Ainda segundo Engelmann⁴⁷⁹, no silogismo prático aristotélico a escolha do bem que será colocado na primeira premissa, e que se constitui na verdadeira característica da *phrónesis* como "medida que consegue estabelecer o equilíbrio entre os extremos", não parte do mero acaso, mas sim do exercício de cinco habilidades:

- 1) examinar a situação da vida, a fim de sublinhar as suas características mais importantes;
- 2) desenvolver uma espécie de método indutivo, tendo como ponto de partida os bens para o próprio sujeito, direcionando-se para os bens considerados adequados para o geral;
- 3) o desenvolvimento do método indutivo pressupõe que o sujeito saiba contextualizar a noção sobre o bem, envolvendo uma variedade de fatores que dizem respeito à sua idade, o seu estágio de desenvolvimento, entre outros aspectos;
- 4) a partir da vinculação dos bens que estão disponíveis naquele momento, escolher dentre eles aquele que poderá ser alcançado;
- 5) capacidade para desenvolver as quatro habilidades conjuntamente.

Entendidas as características gerais do funcionamento da *phrónesis* aristotélica, passa-se a analisar como tal virtude é utilizada no tomismo. Como foi visto no item anterior, em Tomás de Aquino a melhor decisão é aquela oriunda da deliberação guiada por padrões, éticos e legais, fundamentados nos primeiros princípios da razão prática, que todo o ser humano tem na sua consciência.

⁴⁷⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

⁴⁷⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32-34.

Contudo, diante do caráter amplo da direção fundamental do agir, captada pela *sindérese*, será a virtude da prudência aristotélica que possibilitará mediar a aplicação de tais elementos *in concreto*, no “aqui e agora”, apontando a melhor decisão entre as possibilidades que o caso apresenta. É por esse motivo que, em uma teoria do Direito que segue a proposta tomista (fundamentada em princípios gerais), como é o caso da tese dipiana ora em análise, a decisão considerada adequada está sempre a reboque da virtude da prudência⁴⁸⁰.

Deve-se ter presente, entretanto, que, ao contrário do silogismo prático de Aristóteles, no qual a primeira premissa decorre das habilidades acima indicadas, em Tomás de Aquino, conforme Finnis⁴⁸¹,

os princípios da razão prática (lei natural) estabelecem os fins das virtudes: *ST II-II q. 47 a. 6*. E a virtude suprema de se ter razoabilidade prática em todas as suas deliberações, escolhas e execução das escolhas – a virtude da *prudentia*, que é tanto intelectual (da razão) como moral (da vontade e do caráter como um todo) – é parte da definição, conteúdo e influência de todas as outras virtudes morais: *ST I-II q. 65 a. 1, q. 66 a.3 ad 3*, etc. (grifo do autor).

Verifica-se, pois, que a virtude da prudência (razoabilidade prática) garante a retidão dos meios a serem utilizados na deliberação, nas escolhas e na execução das escolhas que visam a produção dos fins que, no tomismo, são estabelecidos pelos princípios da razão prática. Isso importa em afirmar que, na leitura que Tomás de Aquino faz da tese platônico-aristotélica das virtudes, o que “move” a prudência é “o entendimento inderivado a respeito dos primeiros princípios práticos e dos bens inteligíveis a que estes apontam (*synderesis movet prudentiam: ST II-II q. 47 a.6 ad 3*)”⁴⁸².

Gadamer, ciente de que o problema hermenêutico se aparta do saber puro, separado do ser, também faz uso da *phrónesis* aristotélica no desenvolvimento da

⁴⁸⁰ Outros autores também vinculam a suas teses sobre o Direito à prudência aristotélica. Por todos, cita-se Grau, para quem “o direito é uma prudência”, na medida em que a interpretação também o é. Interessante notar que, para os autores que fazem tal vinculação, “interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis”, pois consideram que não existe “uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 40-42, 206 e 209.

⁴⁸¹ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 51-52.

⁴⁸² FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 54.

sua hermenêutica filosófica⁴⁸³. Contudo, enquanto o *doctor ecclesiae*⁴⁸⁴, seguindo a missão que recebera de Roma de cristianizar Aristóteles⁴⁸⁵, usa a prudência para mediar a aplicação dos princípios da razão prática aos casos concretos (como uma espécie de “método”, portanto), Gadamer a utiliza como modelo estrutural para construir o seu conceito de compreensão, pois considerada que se o “núcleo do problema hermenêutico é que a tradição como tal deve ser compreendida cada vez de um modo diferente, [...] compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”⁴⁸⁶. Dito de outra forma, ao contrário da tese tomista – que, sem o viés da originalidade⁴⁸⁷ (uma vez que, em Aristóteles, a prudência também faz as vezes de “método”⁴⁸⁸), trata a prudência como um elemento interno do ser humano, que, ao realizar o silogismo prático, está sujeito a valorações morais na definição dos meios para que o seu objetivo seja alcançado –, na hermenêutica filosófica a estrutura da prudência aristotélica é utilizada para esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão, ou seja, como se dá a aplicação da tradição (algo geral, fruto da construção intersubjetiva, logo, livre de valorações morais internas do intérprete) a uma situação particular.

⁴⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 411-426.

⁴⁸⁴ Em 1567, 293 anos após a sua morte e 244 anos depois de sua beatificação, Tomás de Aquino foi oficialmente declarado “Doutor da Igreja”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado: Antiguidade e idade média**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012. p. 276.

⁴⁸⁵ GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 10 dez. 2020. Cabe destacar que, a despeito do fundamental significado de Aristóteles na obra de Tomás de Aquino, alguns autores, como Böckenförde, afirmam que “ele não pode ser qualificado como aristotélico. Seu pensamento é marcado pelo fato de ele ter sido não um filósofo em primeiro lugar, mas um teólogo cristão; suas maiores obras são sobretudo obras teológicas e, como teólogo, ele se ocupou da filosofia. [...] Ele assimilou as ideias de Aristóteles no âmbito do método filosófico, da teoria do ser e da teoria do conhecimento. Ele defendeu a ideia de que conhecimento tem seu ponto de partida na experiência e na força da razão natural, passa pelos diversos estágios do Ser e pelo princípio motor encontrável no mundo para finalmente alcançar o Deus-Criador cristão, que – contrariamente à concepção de Aristóteles – não é motor imóvel, mas causa primeira e criador do Ser”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado: Antiguidade e idade média**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012. p. 277.

⁴⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 411.

⁴⁸⁷ GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁴⁸⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 18.

Não há, portanto, uma deliberação, lastreada em um método, sobre aquilo que deve ser perseguido, mas uma reflexão do ser humano, como ser-no-mundo, a respeito do que diz a tradição.

Como se vê, existe uma grande diferença entre o uso gadameriano e o aquiniano da *phrónesis*. Além disso, não se pode perder de vista a diferença fundamental entre as filosofias de ambos. Em Gadamer, os padrões que guiam a decisão, em vez de estarem alicerçados em uma tese metafísica fundamental (*synderesis*), decorrem da compreensão do ser humano no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido no qual ele está, obviamente, inserido. Nas palavras do filósofo alemão⁴⁸⁹,

também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última, suplementar e ocasional do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo. Também aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que, para ele, o texto transmitido seja dado e compreendido como algo de universal e que só assim poderia ser empregado posteriormente a uma situação particular. Ao contrário, o intérprete não quer apenas compreender esse universal, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que constitui o sentido e o significado do texto. Mas para compreender isso ele não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação.

Por não desconhecer o giro ontológico-linguístico, Gadamer afasta-se das teses metafísicas (clássica e moderna), que aprisionam o ser no ente, para dizer que a decisão é fruto da aplicação do compreendido, que decorre da tradição e do contexto histórico (situação hermenêutica) na qual o intérprete está inserido (algo geral), ao caso particular. Portanto, na hermenêutica gadameriana, em que é o intérprete que atribui sentido ao texto a partir de um critério intersubjetivo de fundamentação, não há espaço para essencialismos (que acabam levando a subjetivismos), como se identifica em Santo Tomás, para quem, segundo Finnis, a interpretação é entendida, em última análise, “como envolvendo um apelo ao(s) legislador(es) para que declarem o que a lei decretada realmente quis dizer”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 426.

⁴⁹⁰ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 73.

Pela forma como Gadamer aborda a *phrónesis* ao analisar a atualidade hermenêutica de Aristóteles em *Verdade e Método*⁴⁹¹, muitos filósofos veem na sua hermenêutica uma versão atualizada da filosofia prática do estagirita⁴⁹². Da mesma forma, pode-se sustentar que a qualificação registral orientada pela *applicatio* gadameriana representa uma atualização da tese do saber prudencial. Não mais o juízo prudencial, como virtude intelectual e moral do sujeito que realiza silogismos com base em fundamentos últimos (em Tomás de Aquino, a vontade divina – o *ens creatum*), mas a compreensão intersubjetiva do fenômeno jurídico feita pelo delegatário como ser-no-mundo – “espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros”⁴⁹³, em que qualquer método interpretativo sempre chega tarde – é que deve guiar a qualificação registral imobiliária na aplicação, unindo universalidade e singularidade, teoria e prática, sem que estas subsistam por si só.

d) *Quarta* característica: as decisões dos registradores são norteadas pela prudência, primeira das virtudes morais, que, na leitura de Tomás de Aquino, é movida pela *sindérese*, ou seja, pela lei natural.

Ao aplicar essa orientação teórica, que representa o agrupamento das duas últimas características analisadas, à qualificação registral, Dip conclui que a *sindérese* indica ao registrador que “observe o bem específico da sua função, o direito registral lhe baliza a segurança jurídica, e a prudência lhe dirá e ordenará o que fazer, num caso concreto, para alcançar a finalidade de sua missão”⁴⁹⁴, devendo-se ter em conta que “a segurança jurídica só é verdadeiramente segurança quando se ordena a *realizar o justo concreto*, e saber, em cada caso, *quid est res iusta* – o que é a coisa justa – demanda a virtude da prudência jurídica”⁴⁹⁵.

O resultado dessa proposta torna a segurança jurídica, para o qual o

⁴⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015. p. 411-426.

⁴⁹² PEREIRA, Viviane Magalhães. Hermenêutica filosófica como filosofia prática. **Ekstasis: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47, 2015.

⁴⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 69.

⁴⁹⁴ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 16, jan./jun. 1993.

⁴⁹⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2017. t. 1, p. 219-220. Cabe referir que a concepção de segurança jurídica ligada à justiça também decorre do pensamento tomista, segundo o qual, na aplicação da lei deve-se observar que o resultado seja justo e, se necessário, o julgador deve “corrigir a aplicação da lei por pontos-de-vista da justiça do caso específico”. HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005. p. 270.

delegatário estaria intuitivamente voltado (em função da sua disposição/inclinação natural) no momento da qualificação registral, o fundamento último (ligado, portanto, à natureza da atividade registral imobiliária) para todas as decisões que foram previamente formuladas na consciência do registrador. A segurança jurídica assume, no plano do Direito registral imobiliário, a função de princípio geral (impregnado, nessa condição, de “uma concepção de justiça e de moral influenciada por um nítido corte idealista”⁴⁹⁶) do qual derivam os demais princípios criados pela doutrina registral com a pretensão de objetividade e com a função de solucionar os problemas gerados pela insuficiência do modelo positivista (exegético). Contudo, conforme destaca Streck⁴⁹⁷, esse tipo de postura,

a pretexto de ‘ultrapassar’ a ‘literalidade’ do texto, coloca no sujeito a tarefa de descobrir os valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra – construída a partir da ‘consciência de si do pensamento pensante’ –, entra em cena o intérprete com a sua ‘mente privilegiada’ (veja-se, nisso, a imbricação dos dois paradigmas metafísicos) para levantar o véu que ‘[...] encobre o verdadeiro sentido da regra [...]’. E, para esses ‘valores escondidos’, dá-se, equivocadamente, o nome de princípios.

É nesse contexto que, almejando outorgar segurança jurídica aos usuários do serviço, o delegatário, ao proceder a qualificação registral, utiliza o rol imenso de princípios – muitos criados *ad hoc* (sem vínculo histórico, portanto) pela doutrina e por atos normativos editados pelas Corregedorias Gerais de Justiça, conforme denunciado no subcapítulo anterior – como álibis retóricos para justificar as suas decisões (impregnadas de subjetivismo) a respeito da registrabilidade de um título. Se, eventualmente, a decisão decorrer de interpretação que extrapola os limites semânticos do texto, tanto para ampliar quanto para afastar exigências registraes, o fundamento estará nos princípios⁴⁹⁸ (premissa maior do silogismo prático), que, em

⁴⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 369. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 67. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁴⁹⁸ Sem a pretensão de analisar o mérito da decisão, segue abaixo a ementa de um recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que deixa muito clara a forma como os “princípios registraes” são utilizados para fundamentar as decisões. APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. DOAÇÃO DE PARTE DE DIREITOS HEREDITÁRIOS, COM ENCARGO. POSTERIOR CESSÃO ONEROSA DA INTEGRALIDADE DOS DIREITOS, ENTRE ASCEDENTE E DESCEDENTE, COM ANUÊNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS. REGISTRO DE COMPRA E VENDA. TRANSFERÊNCIA DA INTEGRALIDADE DA

razão da hierarquização proposta por Dip (sindérese / ética / lei) abrem a interpretação – que, vale dizer, sempre estará correta, afinal, é produto da prudência, movida pela retidão imutável, localizada na parte mais pura da consciência do registrador, que serve de garantia ontológica da bondade do ser impressa na alma racional pelo Criador.

Verifica-se, pois, que a proposta de Dip, que critica o relativismo, seja da “vontade do legislador (normativismo)” seja da “vontade do juiz (irracionalismo judiciário)”, direciona a decisão jurídica do registrador de imóveis para juízos (intuitivos) de razoabilidade (prudência) fundamentados em princípios (valores, na verdade) que entende possuir validade objetiva (veja-se a tese metafísica de Dip sobre os princípios registrais referida no subcapítulo anterior, que nada mais é do

PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL. **VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS REGISTRAIS**. LIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA À CAUSA DE PEDIR E AOS PEDIDOS DEDUZIDOS NA INICIAL. I. O rol de atos registráveis na matrícula do imóvel, insculpido no art. 167 da Lei de Registros Públicos, é **taxativo**. Por tal razão, a escritura pública de doação de direitos hereditários com encargo, na qual o autor embasa sua pretensão, não foi registrada no álbum imobiliário. Em contrapartida, anos após, foi efetuado o registro de compra e venda por parte do varão – único proprietário constante da matrícula do imóvel, por **violação dos princípios registrais da continuidade e da disponibilidade** – aos réus, seu cunhado e filha, esta última irmã do autor. III. Ocorre que a causa de pedir, embasada no descumprimento do encargo, e os pedidos deduzidos ao final, limitados à prestação de alimentos, de assistência ou de indenização pelo imóvel “doador”, impedem solução diversa da improcedência. Isso porque, ainda que se admitisse a eficácia da doação entre doadores e donatária (art. 215 do diploma civil c/c art. 172 da Lei nº 6.015/1973), a escritura em questão, que é datada de 1999, foi sucedida de escritura pública de cessão onerosa de direitos hereditários, lavrada na presença de todos os seis filhos do varão (dentre eles, o autor), em que cedida, onerosamente, a integralidade de seus direitos sucessórios à ré. Assim, o reconhecimento da nulidade deste último negócio jurídico, além de **encontrar óbice nos princípios processuais da demanda e da congruência**, esbarraria na redação do art. 496 do diploma civil. IV. Não obstante tal documento não tivesse o condão de transferir a integralidade da propriedade registral do imóvel à requerida (porquanto atinente apenas à meação), em razão de uma sucessão de equívocos operados no âmbito do registro de imóveis, do juízo de trâmite da ação de arrolamento e, até mesmo, da Caixa Econômica Federal (que atuou na liberação do FGTS do réu), culminaram na celebração de contrato de compra e venda, acarretando, assim, não só o registro do bem em nome do casal demandado, como, ainda, a posterior venda a terceiros de boa-fé (que o alienaram fiduciariamente à CEF). Nota-se, aqui, que inclusive o formal de partilha, expedido nos autos da ação de arrolamento, deixou de ser registrado. V. Paralelamente à superveniência de escritura pública que contou com a anuência do autor, **não se pode deixar de lado os princípios registrais da preferência e da força probante**. Nesse andar, em que pese haja fundadas provas de erro no registro da compra e venda, este não foi impugnado pelo autor. Ademais, ambas as partes parecem confundir a cessão de direitos hereditários havida (referente à meação) com a outra parte do imóvel, que pertencia ao meeiro, olvidando-se que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de negociação (*pacta corvina*). Tal situação denota que a melhor solução do litígio ocorreria, salvo melhor juízo, no âmbito do direito de família e sucessões - especialmente se considerado o fato de que, pelo que se infere dos depoimentos colhidos em juízo, o varão faleceu posteriormente. VI. Reforma da sentença de parcial procedência, que havia condenado os requeridos a indenizar o autor por fração do valor do imóvel em discussão. Deram provimento ao apelo. Unânime. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (20. Câmara Cível). **Apelação cível nº 70084182716**. Apelantes: N. L. S. B. e F. A. B. Apelados: G. C. S. Relator: Dilso Domingos Pereira, Porto Alegre, 16 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://tj-rs.Jus.brasil.com.br/jurisprudencia/1159038231/apelacao-civel-ac-70084182716-rs/inteiro-teor-1159038237>. Acesso em: 03 jul. 2020.

uma tentativa de estabelecer cânones interpretativos para o Direito registral imobiliário). Trata-se, portanto, de uma teoria que busca superar o formalismo do positivismo exegético aderindo a uma ontologia clássica (realismo filosófico), na qual o objetivismo é alcançado por valores inerentes ao homem (que lhe foram “dados”, independentemente, portanto, de uma epistemologia que os confirme)⁴⁹⁹. Contudo, paradoxalmente, o autor segue atrelado ao relativismo que critica, pois a decisão, na sua proposta, continua sendo um ato de vontade, só que pautada em valores que seriam objetivamente presumíveis. Dip busca transpor o exegetismo com o jusnaturalismo, entretanto, continua enraizado no positivismo, deslocando o “mito do dado” das regras para os valores, mantendo-se, conseqüentemente, na relação sujeito-objeto⁵⁰⁰, sustentáculo da principal característica do positivismo, a discricionariedade⁵⁰¹.

E isso tudo, para Dip, não é um problema, pois, conforme foi visto no capítulo inaugural deste estudo, faz parte da sua proposta teórica posicionar a atividade registral como uma “instituição da comunidade”, ou seja, com autonomia em relação ao Estado. Nessa perspectiva, as decisões dos registradores não são legitimadas no caráter institucional e político que as revestem, mas no reconhecimento, pela comunidade, da destreza jurídica e idoneidade moral dos delegatários do serviço. Só que essa proposta acaba os transformando em sujeitos solipsistas (*selbstsüchtiger*)

⁴⁹⁹ Ainda que não esteja entre os objetivos deste estudo aprofundar o debate, especialmente em razão da aproximação da teoria do saber prudencial do registrador ao realismo jurídico, característica que será analisada a seguir, entende-se oportuno ao menos referir que, ao que parece, a teoria de Dip também poderia ser classificada como cognitivista. Isso porque, a hierarquização da qualificação registral à sindérese, ética e direito positivo – desde que a lei seja produto da sindérese e da prudência governativa, na busca, em um caso concreto, por segurança jurídica – remete à conclusão de que uma moral objetiva (no caso, a segurança jurídica) pode corrigir o Direito. Sobre o cognitivismo, Streck afirma que, “enquanto o positivismo exegético se sustenta na apreensão cognitivista (objetivista) da lei (esta teria um conteúdo em si), algumas posturas não positivistas (ou neoconstitucionalistas) acreditam que a moral – apreensível objetivamente – possa vir a ser esse conteúdo corretivo da legislação. Este é o modo de ultrapassar a tese da não vinculação entre o direito e a moral pregada pelo positivismo clássico. O cognitivismo ético (ou moral) seria a soma do próprio cognitivismo com a tese de que existe uma relação conceptual entre o direito e essa ordem moral apreensível pela cognição do intérprete não positivista. Assim, se o positivismo se sustenta na tese da não vinculação, no cognitivismo haveria essa vinculação entre o direito e a moral, só que feita a partir dessa apreensão cognitivista”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 216.

⁵⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 38. Livro eletrônico.

⁵⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 68.

que estabelecem (assujeitam) a verdade a partir de sua consciência⁵⁰². Isso porque, nessa tentativa de “racionalizar o subjetivismo”, que, aliás, é característica das teorias analíticas⁵⁰³, o registrador atuará como mediador da introdução de valores, com suposta validade objetiva, no Direito.

Deve-se destacar, entretanto, que tais argumentos esbarram na filtragem hermenêutica operada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 236, qualifica, de forma muito clara, o registro de imóveis como serviço do Estado, conforme já foi amplamente abordado neste estudo. Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, torna-se difícil (para não dizer impossível) defender a correção de qualquer teoria jurídica que não esteja de acordo com a Constituição que lhe serve de sustentáculo.

Para finalizar a análise dessa característica da tese do saber prudencial do registrador, entende-se importante deixar claro, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, que, na perspectiva hermenêutica que conduz este estudo, os princípios (com DNA constitucional, ou seja, oriundos da intersubjetividade) são fundamentais na aplicação do Direito, pois, assim como as regras, são normas jurídicas, servindo, portanto, como parâmetro interpretativo⁵⁰⁴. Contudo, deve-se ter presente que os princípios – que, para a CHD, são padrões com pretensão deontológica que, quando olhados no plano apofântico, representam a institucionalização do mundo prático (intersubjetivo) no Direito⁵⁰⁵ em substituição à razão prática (subjetivista) – devem servir para o fechamento da interpretação⁵⁰⁶ das regras – que, por característica, compartilham da porosidade e ambiguidades ou plurivocidades inerentes aos signos linguísticos e não conseguem abarcar todas as

⁵⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 110. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 204.

⁵⁰⁴ Conforme destaca Streck, “uma regra só pode ser aplicada a partir de um ou mais princípios, e um princípio sempre será aplicado por meio de uma regra”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 69. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 68 e 436. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 67.

possibilidades de aplicação⁵⁰⁷ – e não para a abertura interpretativa, como se identifica na proposta de Dip para o registro de imóveis.

e) *Quinta* característica: o saber prudencial do registrador é subalterno tanto de saberes mais elevados quanto da legalidade estrita.

Como paradigma jurídico apto a atender aos “limites gnoseológicos” que identifica na qualificação, Dip adere ao realismo jurídico, com o argumento de que tal teoria “não dispensa os princípios universais da *sindérese* (*sensum naturale*), não ignora as conclusões da ciência moral, não desconhece o direito positivo, não descarta a pluralidade de meios para o conhecimento da verdade e, particularmente, não despreza a realidade das coisas”⁵⁰⁸, possibilitando, enfim, que o registrador, a partir do juízo prudencial, “opte livremente por uma, entre as várias possibilidades de ação reclamada por uma situação particular”⁵⁰⁹ no momento da qualificação.

O realismo jurídico⁵¹⁰, de fato, permite considerar, em conjunto ou isoladamente, todos os motivos acima indicados como fundamento dos discursos jurídicos, mas isso ocorre não porque os adeptos de tal teoria desenvolveram caminhos epistemologicamente seguros para tanto. O realismo jurídico consegue abarcar subjetivismos e objetivismos, jusnaturalismo e juspositivismo, saberes mais elevados e legalidade estrita, pois, nessa proposta, impera o voluntarismo, ou seja, o Direito é aquilo que o intérprete diz que ele é⁵¹¹.

Assim, como é o sujeito quem determina o sentido dos objetos, o fundamento (*sindérese*, moral, lei etc.) da decisão perde importância, admitindo-se, inclusive, fusões do paradigma aristotélico-tomista (objetivista) com as concepções baseadas

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 69. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁰⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 53, jan./jun. 1992.

⁵⁰⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 42, p. 9, set./dez. 1997.

⁵¹⁰ O Realismo Jurídico “foi um movimento surgido nos Estados Unidos na primeira metade do séc. XX, num período de crise do estado liberal e de suas instituições representativas. Em linhas gerais, seu discurso apresentava uma crítica radical ao positivismo legalista e ao positivismo conceitual/analítico. Os realistas denunciavam a ideia de um sentido objetivo das normas jurídicas, que seriam abstraídas dentro do sistema como um mito idealista. Segundo Oliver W. Holmes (1841-1841), juiz da Suprema Corte Americana na época, o direito nada mais seria do que a previsão do que farão os tribunais. Entretanto, esta previsibilidade/tendência não parte de uma ordem ideal prévia, mas sim, daquilo que os juizes, concretamente, nas decisões dizem sobre o que venha a ser o direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 67. Livro eletrônico.

⁵¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 379 e 382. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

no paradigma da filosofia da consciência (subjetivista). Portanto, ao relacionar a qualificação registral com essa proposta, tem-se o triunfo do registrador solipsista, que dirá a verdade em razão da sua autoridade (ato de poder e de vontade). Ora o fundamento da sua decisão será a legalidade estrita, ora será um juízo moral no formato de princípio jurídico, tudo vai depender do caso concreto, pois, para o realismo jurídico, é da práxis que surge o Direito, ou seja, é apenas na decisão que as regras jurídicas terão correspondência fática. E isso faz com que “o Direito vire fato, de novo. Uma nova forma de positivismo *fático*”, conforme destaca Streck⁵¹².

No âmbito jurisdicional, o realismo jurídico transforma o Direito em um jurisprudencialismo⁵¹³ (situando a ciência do direito no campo do conhecimento empírico e não das ciências racionais⁵¹⁴). Na atividade registral sequer isso acontece, pois, como as decisões dos registradores não são públicas, não é possível saber previamente o “entendimento” que vem sendo adotado a respeito da registrabilidade de determinado título.

Por desenvolver a tese do saber prudencial do registrador a partir do paradigma objetivista da filosofia clássica e da perspectiva jusnaturalista, chama a atenção a adesão de Dip ao realismo jurídico, que se caracteriza por ser não cognitivistas⁵¹⁵ e, também, como uma espécie de positivismo jurídico, ainda que em

⁵¹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 50. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 454. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵¹⁴ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995. p. 62.

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 452. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos). Ferreira Neto, ao tratar da diferença entre cognitivismo e não cognitivismo, classificações da metaética, disciplina da filosofia que estuda os pressupostos da ética normativa, afirma o seguinte: “O cognitivista assume, pois, que os predicados morais possuem significado que pode ser comunicado com objetividade, já que se reportam a algo referível a determinado objeto contido na realidade. Já para o não cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana. Isso porque, para ele, juízos morais são, invariavelmente, falsos ou apenas expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio que possa ser invocado para mensurar o conteúdo dessa ação”. FERREIRA NETO, Arthur Maria. **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. f. 108. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

sentido amplo⁵¹⁶. Assim, entende-se que a vinculação do autor ao referido paradigma dever ser lida tanto em função da sua crítica à laicização do Direito, afinal, na racionalidade teológica, a verdade também emana de uma autoridade indisputável⁵¹⁷, quanto como um argumento definitivo em sua crítica a uma espécie específica de positivismo, o legalista⁵¹⁸. Quanto ao segundo ponto, de fato, na proposta realista – e aqui são consideradas as características gerais da teoria, já que Dip não desenvolve de forma aprofundada a sua adesão ao realismo jurídico a ponto de permitir que se identifique a sua filiação ao modelo norte-americano ou ao escandinavo⁵¹⁹ – o polo de tensão interpretativo deixa de estar localizado na estrutura do texto. Contudo, da proibição de interpretar passa-se para a vontade

⁵¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 142.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 457. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵¹⁸ A mixagem teórica presente na proposta dipiana pode ainda ser lida como resultado do reconhecimento de um poder cognitivo aos registradores. Streck chamou a atenção para o problema das relações de poder inseridas no Direito nos seguintes termos: “na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas ‘formalistas’ e ‘realistas’, isto é, por vezes, a ‘vontade da lei’, e a ‘essência’ da lei devem ser buscadas com todo o vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista ‘vontade do legislador’; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, *põe-se no topo a ‘vontade do intérprete’*, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 129-130, jan./jun. 2008.

⁵¹⁹ Segundo esclarece Streck, “a discussão entre os realistas residirá no modo como essa decisão é construída e como ela servirá no futuro para novas decisões. Veja-se, assim, que para os realistas escandinavos norma jurídica não subsiste como entidade independente. O texto jurídico (a lei) só existe quando um juiz o aplica e os cidadãos o aceitam. Normas formais não obedecidas não são Direito. Já o realismo norte-americano exsurge como um Direito de juízes. O Direito será aquilo que os tribunais decidirem. O Direito é a vida cotidiana. É fato social. Posto por uma autoridade: o juiz. De novo, nitidamente um positivismo fático. Porque para os realistas norte-americanos o Direito não está primeiramente nas normas, mas, sim, na sociedade. Para eles, há uma cisão, um abismo entre o texto e a decisão jurídica. Norma jurídica é vazia. Como no realismo escandinavo, são conceitos sem coisa. Leis são metafísicas (no sentido ontoteológico do termo). Não há normas gerais. Uma norma só diz algo pela boca do juiz, que dirá esse sentido a partir da observação empírica. Kelsen também não acreditava que normas gerais pudessem controlar a decisão, mas entendia que a decisão judicial (individual) é Direito porque autorizada por uma norma superior. Os realistas recusam essa hierarquização – que é normativista. Para eles, a decisão judicial cria Direito porque produz resultados sociais eficazes. Norma jurídica, assim, apenas serve como uma diretriz, como um plano de viagem que deve ser preenchido pelo juiz. Também se pode dizer que normas não são prescrições e sim descrições mais ou menos afortunadas do comportamento do juiz. Por isso a ciência jurídica é incapaz de conhecer normas, que passa a ser apenas um elemento secundário no realismo”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 380-381. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

(consciência intuitiva/sensitiva) do intérprete⁵²⁰, ou seja, normas jurídicas são aquelas que os titulares da decisão aplicam no exercício de suas funções⁵²¹, alternativa que, por abrir as portas para discricionariedade e decisionismos (não há respostas corretas, portanto), não se ajusta ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao analisar o realismo jurídico em relação à atividade judicial, Streck⁵²² destaca que

não há nas posturas realistas, precisamente em razão de suas altas exigências morais para com o Direito, comprometimento com a autonomia do Direito. O que há, isto sim, é uma aposta no ativismo judicial por meio de uma crença no protagonismo dos juízes. Segundo tal perspectiva, o juiz, dentro de uma pluralidade de opções corretas fornecidas pelo ordenamento jurídico, estaria autorizado, mediante um ato de vontade, a escolher uma delas a partir do seu exclusivo arbítrio. Ou em outros termos: o realismo tem fundamentos pragmaticistas que favorecem o agir de predadores externos (ética, moral, economia, política) sobre a formulação do Direito, e cuja aposta mantém-se firme em um constante 'estado de exceção hermenêutico', em que o juiz funciona como protagonista, isto é, aquele que resolverá os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos.

Verifica-se, do exposto, que o realismo jurídico coloca em segundo plano a produção democrática do Direito, além de se tratar de um pensamento que, com a justificativa de ajustar as decisões à chamada "realidade das coisas", "não procede à necessária reconstrução da integridade (respeito à tradição autêntica) do Direito aplicável"⁵²³. A consequência de se desrespeitar a autonomia do Direito é a falta de previsibilidade das decisões e de segurança jurídica, ambas tão importantes para a atividade registral imobiliária e que no realismo jurídico transformam-se em lendas.

Como uma palavra final, é necessário reconhecer que a teoria do saber

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 452. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵²¹ Ao analisar o realismo jurídico, Bobbio afirma que "a definição realista do direito não faz consequentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e o dos juízes". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 143.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 378. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 381. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

prudencial está apoiada na boa intenção de fortalecer a autonomia do registrador imobiliário no exercício da sua principal função: a qualificação registral. Contudo, quando se admite, ainda que como resultado de “cruzamentos fundacionais”⁵²⁴ inconscientes, que a verdade decorra do poder cognitivo do registrador, além de se colocar em risco a própria segurança jurídica, tida como o *leitmotiv* da atividade registral, opera-se fora do paradigma do Estado Democrático de Direito, que impõe que as decisões jurídicas sejam proferidas com base em critérios que respeitem a autonomia do Direito, pois só assim será possível chegar a respostas constitucionalmente corretas.

Analisados os cinco principais aspectos da tese do saber prudencial do registrador, passa-se a estudar a **teoria da legalidade**, que, da forma como é desenvolvida por Carvalho, possui, em síntese, as seguintes características: a) vincula a qualificação registral à legalidade, ou seja, para que o registro seja lavrado o título de formalização do direito deve estar de acordo com a lei⁵²⁵; b) o exame prévio da conformidade dos títulos com a lei deve recair tanto sobre os aspectos formais quanto de causa ou fundamento do direito pactuado no título apresentado para registro; e c) limita a qualificação registral às disposições relativas aos direitos reais constantes do título, bem como às nulidades de pleno direito.

Os problemas relativos à teoria da legalidade não estão relacionados ao que ela diz (disposições acima indicadas e com as quais se concorda), mas sim ao que deixa de dizer. Ou seja: em que pese Carvalho tenha se preocupado em apontar caminhos para enfrentar algumas situações que podem surgir no momento do exame de legalidade de um título, a falta de aprofundamento teórico – que, a partir da adoção de matrizes filosóficas e jurídicas, conduza à construção de uma verdadeira tese da decisão no âmbito da qualificação registral – tem levado os registradores a decidir de forma discricionária, seja por vincularem a legalidade ao legalismo positivista, que os remete a um textualismo rasteiro, seja por fazerem uma inadequada filtragem constitucional da atividade, através da qual, a partir de uma noção mais abrangente de legalidade, princípios são usados como elemento (álbis

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 111. Livro eletrônico.

⁵²⁵ Cabe referir que após a edição da Lei nº 8.935/94, em especial à disposição contida no seu artigo 31, I, e o julgamento da ADC 12 pelo STF, no qual foi firmado o entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça pode editar atos normativos primários, quando se fala que a qualificação registral é pautada pela lei tem-se entendido tanto a lei em sentido formal quanto os atos editados pelos órgãos de fiscalização da atividade no âmbito das suas atribuições normativas.

teóricos) de validação de atuações subjetivistas dos registradores.

Para enfrentar esses problemas, que, como se viu, estão inseridos na dicotomia objetivismo-subjetivismo, é necessário partir da correta compreensão da legalidade no âmbito da atividade registral imobiliária. Conforme foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, o registro de imóveis é um serviço de titularidade do Estado, delegado para ser exercido em caráter privado, cuja função é tutelar direitos ligados à propriedade imobiliária, em razão da forma especial, com nítido interesse público, com que tais direitos foram tratados pelo constituinte de 1988.

Como, da atuação do delegatário, direitos serão constituídos, declarados, modificados e extintos, o serviço por ele praticado é considerado atividade jurídica do Estado, estando inserido, portanto, no que se refere à legitimação da atuação, no âmbito do Direito Público. Nessa condição, ao contrário do que ocorre com o Direito Privado – no qual predomina a noção de autonomia da vontade, que remete à liberdade na prática de atos jurídicos, ou seja, é possível fazer tudo o que a lei não proíbe –, a atuação do registrador é fundamentada e também limitada pela lei. Dito de outra forma, o ato administrativo por ele praticado só será considerado legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente, atendendo, assim, o propósito político expresso na Constituição (art. 5º, II) de submeter o exercente do poder a um quadro normativo originado do processo democrático.

Sendo a lei o que fundamenta a atuação do registrador, é evidente que o problema relativo à legalidade não está na sua aplicação. Aliás, aplicar a lei é o que se espera do delegatário em um Estado Democrático de Direito. Essa afirmação, contudo, precisa ser esclarecida para evitar mal entendidos que, ao fim e ao cabo, são o objeto da crítica que ora se procede quanto à forma como a legalidade ainda é entendida na tradição inautêntica que predomina no senso comum teórico dos juristas, refratários da revolução copernicana operada pela Constituição Federal de 1988.

Assim, dizer que o registrador deve aplicar a lei não significa limitar a sua atuação ao sentido literal do texto (transformando-o num “registrador boca da lei”). Os próprios positivistas do século XIX já haviam se dado conta que o texto não consegue abarcar toda a realidade⁵²⁶. Por outro lado, substituir o modelo de

⁵²⁶ Ao perceber que o texto não consegue abarcar toda a realidade, o positivismo legalista – com o objetivo de preservar o texto legal, unificado nos Códigos, de elementos metafísicos – buscou controlar o exercício da interpretação a partir da análise da própria codificação (Escola da

disciplina legislativa exaustiva, clara e precisa da realidade, pela compreensão da legalidade a partir do paradigma constitucional também não significa autorizar o delegatário a atribuir sentido livremente ao texto, jogando com princípios (*rectius*, ponderando valores) para abrir a interpretação da lei e alcançar, discricionariamente, o sentido que mais lhe convém (configurando uma espécie de “ativismo registral”). Ambas as posturas, por não respeitarem a autonomia do Direito e a determinabilidade dos sentidos que a sustenta, acabam por gerar um déficit democrático, conforme já foi apontado no segundo capítulo deste trabalho.

Portanto, já passa da hora de os juristas começarem a operar com a compreensão correta de legalidade. E, para que isso ocorra, deve-se compreender, com a perspectiva hermenêutica, que o sentido do texto não se esgota na sua literalidade, uma vez que há sempre algo que antecede ao texto e “que foi construído pela cadeia de sentido produzido ao longo da relação entre os sujeitos”, o que leva a percepção de que um “fenômeno apenas pode ser compreendido se interpretado na sua integralidade, não apenas na sua primeira fisionomia ou nos seus primeiros elementos constitutivos”⁵²⁷. Partindo dessa ideia, Streck⁵²⁸ esclarece que

o sentido hermenêutico de uma regra jurídica não se esgota na sua literalidade. Isso não quer dizer que o intérprete está autorizado a, sob o pretexto de desconsiderar o elemento formal do texto, criar uma interpretação discricionária (Umberto Eco chamaria isto de superinterpretação) acerca do fenômeno jurídico. [...] o intérprete deve considerar tão fortemente o sentido literal da regra, que sabe que, ao fundo dele, há algo que o sustenta, que não está apenas na simples posição da ordem gramatical do preceito. A disposição literal de um preceito normativo fornece os primeiros elementos interpretativos, que fazem parte da sua construção semântica. No

Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha). E é nessa perspectiva, de uma determinação rigorosa da conexão lógico-racional dos signos que compõem os Códigos, que conceitos como meios de interpretação textual (léxico, teleológico, sistemático e histórico), meios de interpretação extratextual (analogia) e de princípios gerais do direito, todos localizados no seio do dogmatismo que se enraizou na doutrina, devem ser encarados, ou seja, como instrumentos de reconstrução da vontade do legislador a partir da decomposição de falhas no sistema decorrentes de obscuridades (lacunas), que, na verdade, decorrem mais da situação hermenêutica do intérprete do que da legislação. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 161 e 167, 2010. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 214.

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 184. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 184. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

entanto, a questão da interpretação não se esgota nessa fase. O significado das palavras está diretamente relacionado com o seu contexto histórico-temporal e com o sentido construído acerca dele. O jurista Paulo de Barros Carvalho traz um interessante exemplo: se uma lei disser que três pessoas disputarão uma cadeira no Senado da República, nem de longe se pode pensar que três pessoas disputarão o móvel (cadeira) no Senado. Isso porque a literalidade não é o único elemento de um texto/evento. A hermenêutica pressupõe o contexto e a semântica construída por meio dele.

Na atividade registral imobiliária, pode-se trazer como exemplo a interpretação do artigo 22, §1º, da Lei 10.931/04, quanto à necessidade (ou não) de registro da transmissão da propriedade fiduciária em decorrência da cessão do crédito, por ela garantido, quando este for representado por Cédula de Crédito Imobiliário. Segundo o referido dispositivo,

a cessão do crédito representado por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, sub-rogando-o em todos os direitos representados pela cédula, ficando o cessionário, no caso de contrato de alienação fiduciária, investido na propriedade fiduciária⁵²⁹.

A interpretação que tem prevalecido no meio registral é a de que, se o texto legal prevê que a cessão de crédito, representado por CCI, implica a automática transmissão e investidura da propriedade fiduciária ao cessionário, o registro junto ao escritório de imóveis estaria dispensado. Entretanto, reputa-se essa atribuição de sentido, ao citado artigo, como inautêntica, na medida em que, presa à literalidade do texto (sem se dar conta, por tanto, que “texto é evento, texto é fato, texto não é um mero enunciado linguístico”⁵³⁰), desconsidera a historicidade e o sentido interpretativo desenvolvido pela tradição jurídica do sistema em que o texto está inserido. Veja-se como fica a interpretação a partir do revolvimento do chão linguístico em que estão assentadas as tradições do registro de imóveis e da propriedade fiduciária, e que estabelecem uma cadeia de sentidos para os institutos jurídicos em causa.

⁵²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.931.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 153, jan./jun. 2008.

Conforme foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, o sistema registral brasileiro é o do título e modo, consagrado nos artigos 1.227 e 1.245 do CC, bem como no artigo 172 da Lei nº 6.015/1973. Assim, a constituição, transmissão, modificação ou extinção de direitos reais sobre imóveis, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade, se dá com o registro, que somente será lavrado depois que o título no qual o direito foi formalizado passar pela qualificação registral, realizada por profissional do Direito, que age em nome do Estado, para, seguindo diretiva constitucional (art. 5º, *caput*), tutelar a propriedade imobiliária.

Como qualquer direito real sobre bens imóveis, também a propriedade fiduciária está sujeita às regras gerais do sistema de título e modo, motivo pelo qual os dispositivos legais relativos a esse direito devem ser interpretados considerando a tradição do referido sistema, até porque, as disposições relativas à cessão fiduciária previstas no artigo 22 da Lei nº 10.931/2004⁵³¹ não o excepcionam. Observe-se o que estabelece o dispositivo: a) a cessão de crédito representado por CCI poderá ser feita por meio de sistemas de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil (*caput*); b) a cessão de crédito garantido por direito real, quando representado por CCI emitida sob a forma escritural, está dispensada de averbação no Registro de Imóveis (parágrafo segundo); e c) a cessão do crédito representado por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, sub-rogando-o em todos os direitos representados pela cédula, ficando o cessionário, no caso de contrato de alienação fiduciária, investido na propriedade fiduciária (parágrafo primeiro).

No que se refere aos atos a serem praticados pelo registro de imóveis, a única dispensa prevista no dispositivo é a relativa à averbação da cessão de crédito (direito obrigacional), o que, aliás, conforme estabelece o artigo 289⁵³² do CC, é um direito do cessionário e não um dever, não havendo, portanto, novidade a esse respeito. O artigo também não inova ao prever que a cessão do crédito representado

⁵³¹ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.931.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵³² Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

por CCI implica a automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, pois essa é a regra geral, prevista no artigo 287⁵³³ do CC, e especial, estabelecida pelo artigo 28⁵³⁴ da Lei nº 9.514/1997.

Ao repetir as regras, geral e especial, relativas à cessão de crédito no artigo 22 da Lei nº 10.931/2004, o legislador não afastou a necessidade de que os negócios relativos à cessão se submetam ao sistema registral imobiliário do título e modo, consagrado no Direito brasileiro, de maneira que não se identifica no referido diploma legal nada que autorize o intérprete a romper com a tradição, coerência e integridade dos referidos institutos jurídicos. Assim, tais estipulações não são suficientes para dispensar a necessidade do registro imobiliário da transmissão da propriedade fiduciária, ainda quando representada por CCI, pois o sentido a elas atribuído deve considerar o sistema registral imobiliário vigente no país. No limite, poderia ser discutido o efeito gerado pelo registro, mas não a sua dispensa. Se for entendido que o parágrafo primeiro do artigo 22 da Lei nº 10.931/2004, ao prever que a cessão do crédito investe o cessionário na propriedade fiduciária, criou hipótese de transmissão da propriedade pelo consenso oriundo do contrato de cessão, o efeito do registro deixaria de ser constitutivo, passando a ser declaratório. De qualquer forma, o registro ainda seria obrigatório por força do artigo 172 da Lei nº 6.015/1973.

Eis que, a partir do horizonte de sentido dado pela compreensão (ou seja, saltando-se do procedimento/método para o modo-de-ser, “da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão”⁵³⁵), o fenômeno se desvela, fazendo com que “a coisa mesma” exsurja como ela é e, ao mesmo tempo, denuncie os pré-juízos inautênticos presentes na interpretação predominante a respeito da situação em comento. Sem a estrutura prévia de sentido (*como* hermenêutico) acima explicitada (*como* apofântico), que promove a união de todas as partes do fenômeno

⁵³³ Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵³⁴ Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 1322, jan./jun. 2008.

e demonstra que não há “grau zero” de sentido na interpretação, não é possível compreender-interpretar-aplicar, de forma hermeneuticamente correta, o art. 22, §1º, da Lei 10.931/04. Fundamentalmente, para interpretar é preciso primeiro compreender o que se quer interpretar.

Cabe destacar, também, que, se, eventualmente, fosse identificado haver antinomia entre as regras do Código Civil e da Lei de Registros Públicos em face da Lei nº 10.931/2004, o que não parece ser o caso, ainda assim, à luz da teoria do ordenamento jurídico de Bobbio⁵³⁶, prevaleceria a Lei dos Registros Públicos, pois especial.

A incompatibilidade da interpretação que afasta do registro a transmissão da propriedade fiduciária, representada por CCI, com o sistema registral brasileiro é ainda mais evidente quando o negócio fiduciário resulta na consolidação da propriedade em nome do credor⁵³⁷. Sendo o caso de se admitir que a transmissão da propriedade, em consequência da cessão de crédito, ocorre fora do registro, como o registrador deverá proceder no momento da consolidação, já que o registro não espelhará a realidade? Como fazer cumprir a regra insculpida no artigo 195⁵³⁸ da Lei nº 6.015/73? Estará ele autorizado a lavrar *ex officio* a cadeia de transmissões da propriedade fiduciária antes de averbar a consolidação da propriedade?⁵³⁹

⁵³⁶ Os critérios tradicionais de resolução de antinomias, oriundos da teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, são, basicamente, os seguintes: o cronológico (a norma posterior prevalece sobre a norma anterior), o da especialidade (a norma especial prevalece sobre a geral) e o hierárquico (a norma superior se sobrepõe à norma inferior). BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 93.

⁵³⁷ O procedimento de execução extrajudicial de dívida garantida por alienação fiduciária está previsto nos arts. 26 e seguintes da Lei 9.514/97. O *caput* do art. 26 possui a seguinte redação: “Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”. BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵³⁸ 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. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵³⁹ As normas de serviço editadas pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo apresenta perigosa (e, entende-se, inconstitucional) resposta para essas perguntas. Segundo o item 261.1, “como a cessão de crédito por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias e direitos ao cessionário, incluindo a propriedade fiduciária, em caso de requerimento de consolidação, caberá à instituição custodiante, no caso de CCI emitida sob a forma escritural, identificar o atual credor fiduciário”. (SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Normas de serviço**. Cartórios extrajudiciais. Corregedor Geral da Justiça: Desembargador Milton Evaristo dos Santos. São Paulo, 1989. t. 2. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=122759>. Acesso em: 03 jul. 2020). Como se verifica, será uma entidade privada (instituição custodiante da CCI) que irá indicar o titular da propriedade fiduciária que conduzirá o

O artigo 22 da Lei nº 10.931/2004 não apresenta respostas para essas perguntas, o que reforça a interpretação de que o legislador não afastou do registro imobiliário a transmissão da propriedade fiduciária⁵⁴⁰, mesmo na hipótese de cessão do crédito garantido por CCI. Entender diferente do ora exposto representaria o afastamento do sistema registral pátrio, sem previsão legal⁵⁴¹. Ademais, deve-se ter em mente que, se um dos objetivos do sistema registral é munir as partes, e terceiros, de informação a respeito da situação jurídica do bem – condição para a proteção do trânsito da propriedade imobiliária –, é necessário que sejam inscritos todos os fatos jurídico-reais, a fim de que as informações registrais espelhem fielmente a realidade.

Do exposto, fica evidente que “aplicar a lei quer dizer que devemos considerar a sua historicidade e o sentido interpretativo desenvolvido pela tradição jurídica do sistema em que o texto está inserido”⁵⁴², ou seja, que não existe aplicação da lei por subsunção ou dedução, como pretendem as posturas objetivistas do Direito, e, tampouco, é admissível construir um sentido para o texto de forma arbitrária, como o fazem as correntes subjetivistas. Contudo, só é possível perceber isso se os juristas considerarem as consequências da virada ontológico-linguística, que ocorreu na Filosofia do século XX, para a compreensão/interpretação/aplicação do Direito.

Isso porque, quando se desconsidera a viragem ontológico-linguística, opta-se, em regra, por alternativas que levam a objetivismos (lastreadas no paradigma

processo de execução extrajudicial, bem como a retomada do imóvel, subvertendo, assim, todo o sistema registral imobiliário brasileiro insculpido a partir do artigo 236 da Constituição Federal.

⁵⁴⁰ Em sentido semelhante já se posicionou Jacomino ao defender que a cessão do crédito, garantido por direito real, estaria dispensada de registro somente quando não implicasse na mutação jurídico-real da titularidade do direito. Segundo o autor, “a cessão de crédito garantido pelo direito real está dispensada do registro quando e somente quando não implicar a transmissão da propriedade ou da titularidade de um direito real. Uma coisa é o crédito garantido por direito real. Outra, a propriedade. Aquele poderia ser cedido nas condições previstas na lei, não a propriedade ou o direito real. Isso seria possível, por exemplo, na cessão caucionária do crédito (art. 17, III, c.c. § 1º da Lei 9.514/97). Ou na cessão de direitos que servem de lastro para o crédito imobiliário, mas que não dependem do registro para sua constituição (eficácia) e publicidade (para usar as expressões que se insinuaram no art. 63-A da Lei 10.931 de 2004)”. GONZÁLEZ, Fernando Méndez; DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio. **Registro público de imóveis eletrônico: riscos e desafios**. São Paulo: Quinta editorial, 2012. p. 135.

⁵⁴¹ É importante ter presente que, na interpretação ora defendida, não se está levando em consideração a hipótese de que a transmissão da propriedade fiduciária ocorre por meio de sistemas de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil. Essa hipótese não foi considerada por pelo menos dois motivos: primeiro, porque o artigo 22 prevê que tais instituições privadas farão apenas o registro da cessão de crédito (direito obrigacional); segundo, porque dispositivo legal que permitisse a transmissão de direitos reais por entidade privada seria incompatível com o artigo 236 da Constituição Federal.

⁵⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 185. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

aristotélico-tomista), sustentando teses exegético-dedutivistas-substantivistas, ou a subjetivismo (inseridas no paradigma da filosofia da consciência), afirmando o livre atribuir de sentido, que não se mostram eficientes para resolver o problema da discricionariedade no âmbito da decisão jurídica⁵⁴³. Por esse motivo, entende-se necessário, ainda que se reconheça que não seja fácil fazer a transição, imergir na perspectiva hermenêutica, de cariz filosófico, pois tal movimento, ao romper com a relação sujeito-objeto, supera os paradigmas acima, bem como suas vulgatas, representando, conforme destaca Streck⁵⁴⁴, “uma verdadeira revolução copernicana. Em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências. Sérias. E não pode ser ignorado pelos juristas preocupados com a democracia”. Ainda segundo o autor⁵⁴⁵,

não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. [...]. Não esqueçamos que texto e norma, fato e direito, não estão separados e, tampouco, um ‘carrega’ o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isto, o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua ‘textitude’; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto. Numa palavra, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofamento em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermeneuticamente adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a consequente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo. (grifo do autor).

⁵⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 159, 2010.

⁵⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 162, 2010.

⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 165-166, 2010.

Por fim, cumpre destacar que, embora a literalidade do texto jurídico não signifique tudo, em um Estado Democrático de Direito – no qual, vale lembrar, já está superada a distinção entre moral e direito, que, nesse paradigma, são cooriginários⁵⁴⁶ – “a autoridade advinda do texto normativo impõe limites ao intérprete, e este, por sua vez, possui a responsabilidade de respeitar os limites que a tradição e a autoridade do texto lhe impõem”⁵⁴⁷. Em outras palavras, embora o texto não tenha sentido em si (ou seja, há diferença entre texto e norma, sendo esta, conforme foi tratado no segundo capítulo deste estudo, o sentido atribuído ao texto no momento da aplicação – “o sentido do ser do ente”⁵⁴⁸), o intérprete deve respeitar os limites semânticos que dele decorrem e que estão vinculados a toda a história institucional que envolve o instituto jurídico interpretado, “o que pressupõe intersubjetividade e publicização da linguagem, em que os limites hermenêuticos constroem o uso particular e arbitrário da produção de sentidos”⁵⁴⁹, evidenciando que o texto não está à disposição do intérprete⁵⁵⁰.

Nesse contexto, o papel dos princípios jurídicos, na condição de marco da história institucional do Direito e, portanto, a partir dos quais a legalidade é constituída⁵⁵¹ (integram a estrutura da legalidade e possuem força vinculativa) e compreendida, é, insiste-se, de fechar a interpretação da lei. Conforme já foi referido neste trabalho, o Direito é formado por regras e princípios⁵⁵², ou seja, “não há regra

⁵⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 170, 2010.

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 186. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 423. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 191. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁵⁰ Sobre esse ponto vale lembrar que, conforme Canotilho, “num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)”. CANOTILHOS, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 256.

⁵⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 170, 2010.

⁵⁵² Mesmo no âmbito da administração pública tem-se entendido a legalidade a partir da ideia de juridicidade administrativa, que, segundo o autor português Paulo Otero, “traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está limitado pelo Direito que cria [aqui entendido pelo autor como “normas positivadas criadas no âmbito de uma postura voluntarista das estruturas decisórias do poder político”], encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse

sem princípio; e não há possibilidade de aplicação de um princípio sem uma regra⁵⁵³. A porosidade das regras (“vazio hermenêutico de sentidos”⁵⁵⁴), característica da sua abstração, é preenchida pelos princípios, que introduzem o mundo prático no Direito. Portanto, entende-se equivocada qualquer proposta que identifique nos princípios a função de promover uma espécie de transfiguração material da legalidade de um Direito de regras para um Direito de princípios.

Esse é o conceito de legalidade (de Direito, afinal) defendido pela CHD e que, entende-se, deve servir de norte para a qualificação registral imobiliária, pois identifica nos limites da tradição e da autoridade do texto – ambas, obviamente, sob o manto da constitucionalidade “fundadora do espaço público democrático”⁵⁵⁵ e da qual se extrai a necessidade de respostas corretas em Direito – a rejeição tanto da aplicação de uma literalidade (pretensão objetivista, na qual o texto sobrepõe-se ao intérprete) quanto de uma criação discricionária do sentido do texto (pretensão subjetivista, na qual o intérprete sobrepõe-se ao texto). Por tudo que já foi tratado neste estudo, não há como negar que seguir alheio ao paradigma hermenêutico representa aceitar decisões discricionárias, cujas consequências, em algum momento, até podem ser boas, afinal, até um relógio parado está certo duas vezes ao dia, contudo, quando deixam de reconhecer direitos, tornam evidentes os equívocos de tal aceite.

mesmo poder. Nesse sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona”. (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15 e 290). No Brasil a tese da juridicidade administrativa encontra amparo no art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 188. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 147, jan./jun. 2008.

⁵⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do advogado, 2014b. p. 163. Livro eletrônico.

4.3 Aportes para a construção de uma teoria hermenêutica da qualificação registral imobiliária

Nos subcapítulos anteriores procurou-se revolver o chão linguístico em que está assentada a tradição relativa à qualificação registral imobiliária a fim de apontar as compreensões que se consideram inautênticas por estarem desalinhadas às revoluções copernicanas provocadas na Filosofia e no Direito no século XX, que são colocadas em destaque pela Crítica Hermenêutica do Direito – matriz teórica na qual se buscou suporte para o desenvolvimento das reflexões proposta neste estudo. Como objetivo final, pretende-se fazer alguns aportes com o propósito de demonstrar como a qualificação registral pode ser compreendida a partir do elemento hermenêutico, pois entende-se que é através dele que as respostas ao problema da discricionariedade serão encontradas. As proposições abaixo representam uma primeira parada na reflexão desenvolvida ao longo deste trabalho, motivo pelo qual não devem ser lidas como completas e definitivas.

I. Deve-se entender o registro público de imóveis a partir da sua inserção na estrutura burocrática do Estado, pois, além de ser o que decorre do artigo 236 da Constituição Federal e das regras previstas na Lei nº 8.935/94 que o regulamentam, é no interior dela que a atividade encontrará os mecanismos que a legitima a tutelar, coercitivamente, determinados direitos privados relacionados à propriedade imobiliária. Nesse cenário, conforme amplamente tratado no primeiro capítulo deste estudo, o serviço registral imobiliário é considerado atividade jurídica de titularidade do Estado e o oficial de registro, profissional do Direito a quem é outorgada a delegação por meio de concurso público, pratica ato administrativo dotado dos atributos que permitem aos usuários confiar nos serviços que lhes são prestados.

É importante ter presente, ainda, que, assim como o Poder Judiciário, o registro de imóveis marca a presença do Estado em determinadas relações jurídicas a fim de conferir-lhes estabilidade. Entretanto, a diferença entre ambas está no modo usual de atuação, que, no caso do Poder Judiciário, visa reconhecer quem tem direito em um litígio e, no âmbito do registro de imóveis, busca identificar se o título apresentado para registro refere-se a um direito passível da tutela especial e, sendo esse o caso, se foi formalizado (aspectos formais e substantivos) de acordo com o Direito.

II. O fato de o delegatário atuar em nome do Estado não o desonera da necessidade de motivar as suas decisões (discursos de fundamentação – plano apofântico) a respeito da registrabilidade de um título. A circunstância de a Lei nº 6.015/73 não ter um dispositivo semelhante ao artigo 489 do CPC, que estabelece a fundamentação como elemento da sentença, não serve de justificativa para que os registradores sintam-se autorizados a praticar atos sem fundamentá-los. Isso porque a exigência de motivar as decisões decorre tanto da estrutura dos atos administrativos quanto da responsabilidade política do registrador em um Estado Democrático, que exige daqueles que atuam em sua representação o façam de acordo com o Direito. Assim, será a fundamentação, que está no bojo da motivação do ato praticado, que evitará o encobrimento de discricionariedades e permitirá que se exerça controle sobre as decisões, que, vale lembrar, tratam de um direito fundamental.

Considerando o conjunto normativo que norteia a atividade registral imobiliária, poderia se pensar nos seguintes elementos da decisão proferida pelo delegatário: a) breve relatório, contendo os nomes dos apresentantes do título e dos proprietários do imóvel, a identificação do direito que se pretende registrar e a forma do instrumento de sua celebração, a indicação do número do registro/matrícula, a suma do pedido, a relação de eventuais gravames existentes em relação ao bem e o apontamento das principais ocorrências havidas durante a vigência do protocolo; b) exposição dos motivos (fundamentos jurídicos) da decisão que deferir, negar ou indicar exigências para que o registro postulado seja lavrado. Sendo o caso de indeferimento ou da apresentação de exigências, a decisão deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no pedido de registro, além de indicar o prazo de validade do protocolo, em razão da prioridade por ele estabelecida, bem como o direito de o apresentante recorrer da decisão, solicitando a instauração de procedimento de suscitação de dúvida; c) relação detalhada dos atos registrais a serem praticados, com a indicação dos respectivos emolumentos.

III. A decisão a respeito da registrabilidade de um título é o momento final da qualificação registral, que, para atender às disposições das Leis nºs 6.015/73 e 8.935/94, deve ter, pelo menos, as seguintes etapas:

Primeira, análise preliminar. Identificado que o título foi devidamente protocolado quando da sua apresentação (art. 12 da Lei nº 6.015/73), o oficial deve verificar, preliminarmente, se possui atribuição legal para praticar o ato solicitado –

analisando se o imóvel objeto do título apresentado está localizado na circunscrição legalmente conferida ao registro de imóvel de que é titular (art. 169 da Lei nº 6.015/73) – e se o apresentante/requerente possui legítimo interesse para postular o registro. Além disso, nesta fase também é verificado se o direito formalizado no título é passível de ascender ao fôlio real, ou seja, se se está diante de um direito real, de um direito obrigacional com efeito real ou de um direito obrigacional que, mesmo sem a aptidão de produzir efeitos reais, tem a sua registrabilidade prevista em lei (esse ponto será aprofundado no item V). Não sendo esse o caso, o registro deve ser indeferido de plano. De outro lado, se o direito que se pretende registrar enquadra-se em uma das hipóteses indicadas, passa-se à segunda fase da qualificação.

Segunda, saneamento. Nesta etapa, deve-se verificar a eventual necessidade de sanear a matrícula ou o registro por não atenderem aos aspectos formais de escrituração previstos no artigo 176 da Lei nº 6.015/73, bem como se existem outros títulos relativos ao mesmo imóvel com prenotações anteriores que tenham prioridade no registro (art. 186 da Lei nº 6.015/73) e se o imóvel é de titularidade do requerente/outorgante, a fim de exigir a prévia inscrição do título anterior para manter a continuidade do registro (arts. 195 e 237 ambos da Lei nº 6.015/73).

Terceira, verificação da validade do fato jurídico inscritível e sua aptidão para produzir eficácia (art. 1º, da Lei nº 8.935/94). Nesta fase da qualificação, cabe ao registrador analisar se o direito e o título representativo da sua formalização apresentam nulidades ou anulabilidades aparentes, formais (e.g. desrespeito à forma especial prevista no art. 108 do CC) ou substantivas (e.g. doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador, art. 548 do CC – hipótese de nulidade; desrespeito ao direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel, art. 33 da Lei nº 8.245/91 – hipótese de anulabilidade), que possam macular o direito a ser registrado.

Sendo o caso de nulidades, que não são passíveis de confirmação ou convalidação, o registro será negado, uma vez que o direito não possui aptidão para produzir os efeitos que dele decorrem. As anulabilidades, por sua vez, não impedem o registro, pois o direito é válido e eficaz até eventual reconhecimento judicial do vício que o inquina, podendo, ainda, ser confirmado (arts. 172 e 173 ambos do CC) ou convalidado pelo decurso do prazo decadencial para pleitear o reconhecimento da anulabilidade (arts. 178 do CC). Contudo, além da obrigatoriedade de serem

declaradas pelas partes no título, o registro também deverá indicar as causas de anulabilidade, para possibilitar o conhecimento de terceiros que eventualmente venham a adquirir o imóvel antes da convalidação do vício e sejam atingidos pelos efeitos da anulação. Verifica-se, portanto, que a qualificação registral não serve para exaurir todos os eventuais vícios ou defeitos do título apresentado para registro, mas apenas aqueles que têm potencial para gerar a nulidade no direito que será constituído, declarado, modificado ou extinto pelo registro.

Quarta, especialidade subjetiva. Nesta etapa busca-se verificar se as partes estão devidamente qualificadas no título e no registro (art. 176, §1º, II, 4 e III, 2, da Lei nº 6.015/73), bem como se possuem capacidade/legitimidade para praticar o ato (arts. 104, I, e 166, I, ambos do CC).

Quinta, especialidade objetiva. Aqui o intuito é verificar se o imóvel está corretamente descrito no título e se a descrição coincide com a matrícula (arts. 176, §1º, II, 3 e 225, ambos da Lei nº 6.015/73). Essa análise poderá gerar a necessidade de se instaurar o procedimento extrajudicial de retificação tabular antes do registro do título (arts. 213, II e 225, §2º, ambos da Lei nº 6.015/73).

Sexta, especialidade do fato jurídico inscritível. Nesta fase da qualificação o registrador analisa se o fato jurídico inscritível foi instrumentalizado (aspectos formais e substantivos) de acordo com o Direito. Para cumprir esta etapa, além das regras especiais previstas na Lei dos Registros Públicos, o oficial trabalhará com os diplomas legais relativos ao direito em causa.

Para bem desempenhar essa tarefa, o delegatário deve considerar as especificidades de cada espécie de título (instrumento particular, escritura pública, ato administrativo ou ato judicial), bem como os efeitos que o registro irá produzir (constitutivo/substantivo ou declaratório/formal). Como exemplo da influência da espécie do título na qualificação, pode-se citar o caso da obrigatoriedade de verificar a capacidade das partes celebrantes, que, nos instrumentos particulares, cabe ao registrador, enquanto que, nas escrituras públicas, a verificação é feita pelo tabelião que a lavrou (art. 215 do CC). Quanto à influência do efeito do registro na qualificação, tem-se que, quando o registro possui efeito constitutivo, a qualificação deve abranger a análise do direito a ser constituído. De outro lado, quando o efeito é declaratório, não cabe ao registrador revisar o ato que gerou a constituição do direito.

Sétima, requisitos extrarregistrais. Nesse momento o registrador cumpre atribuições que não estão diretamente relacionadas aos direitos que serão registrados, mas que lhe são impostas pela Lei nº 6.015/73 (e.g. fiscalizar o pagamento de impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados, art. 289) ou outros diplomas legais (e.g. solicitar a apresentação de certidões negativas da Receita Federal para registrar a alienação de bens imóveis ou direito a ele relativo que pertençam a empresas, art. 47, I, b, da Lei nº 8.212/91).

Oitava, decisão fundamentada. Os elementos da decisão já foram indicados no item II. Em complemento, pode-se dizer que, da qualificação registral, resultam três tipos de decisão: a) se o título e o direito nele formalizado estão de acordo com o ordenamento jurídico, a decisão será pelo deferimento do registro; b) se o título apresenta vícios insanáveis ou o direito nele formalizado não for passível de registro, a decisão será de indeferimento do registro; e c) sendo o caso de vícios sanáveis, a decisão será no sentido de apontar exigências que, se cumpridas, possibilitarão o deferimento do registro em uma nova qualificação registral (art. 198 da Lei nº 6.015/73).

IV. Para realizar a qualificação registral, que, como foi visto no item anterior, envolve a aplicação de diversos diplomas legais, o delegatário deve estar munido de uma teoria da interpretação/decisão que se preocupe como o elemento hermenêutico (discursos de compreensão), pois só assim terá condições de afastar a discricionariedade das suas decisões, proferindo-as de forma equânime de modo a atender às exigências do Estado Democrático de Direito. Conforme restou demonstrado ao longo deste trabalho, a CHD, por considerar a viragem ontológico-linguística e entender o Direito como um conceito interpretativo, fornece os subsídios necessários para que as práticas hermenêuticas inerentes à qualificação registral sejam blindadas contra discricionariedades e, assim, resultem em decisões integras e coerentes com o sistema registral imobiliário instituído pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quando se opera a partir dos paradigmas filosóficos que estão na base dos giros linguístico e hermenêutico, rompe-se com o esquema sujeito-objeto, e, portanto, com os problemas inerentes à dicotomia objetivismo-subjetivismo, bem como se abre um novo espaço para a compreensão da atividade registral imobiliária, posicionando-a entre a referida dicotomia. Nessa posição, em que o esquema é sujeito-sujeito e a linguagem é condição de possibilidade, o registrador, ao

interpretar, cumpre as suas atribuições a partir das pré-compreensões oriundas da tradição na qual está inserido, que foram construídas por uma comunidade de sujeitos em interação, e não de forma isolada, tentando revelar o sentido da lei a partir de um dado jurídico pronto e acabado ou definindo-o a partir da sua consciência⁵⁵⁶.

A teoria de Streck também permite despertar para a necessidade de romper com as práticas hermenêutico-interpretativas que vigoram no meio registral imobiliário. Ao identificar que o cerne da fundamentação jurídica “está na linguagem, na historicidade, na intersubjetividade e numa tradição autêntica”, a CHD faz transparecer o equívoco de se pensar o Direito a partir de posturas objetivistas, que dependem da assunção de elementos ontológicos *a priori*, e “relativistas-subjetivistas, por meio das quais não há qualquer possibilidade de estabelecimento de uma resposta correta”⁵⁵⁷.

Cabe referir, ainda, que, preocupada com a objetividade na interpretação, a CHD apresenta critérios para que o julgador tenha condições de responder de forma correta as demandas que lhe são dirigidas. Dos critérios por ela elencados, entende-se que os cinco princípios/padrões fundantes da decisão jurídica devem ser considerados pelo delegatário no momento da qualificação registral. Conforme destaca Streck⁵⁵⁸, tais princípios/padrões,

sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito, só podem manifestar-se quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta, pois representam um contexto de significações histórico-compartilhadas por uma determinada comunidade política [...].

Os cinco princípios, aqui ajustados à atividade registral imobiliária, são os seguintes: a) preservação da autonomia do direito – as respostas corretas (verdadeiras) são construídas com base em critérios que exsurgem da tradição jurídica autêntica (ponto que será aprofundado no item V), a partir dos quais se pode

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 100. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 52. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 601.

determinar a objetividade de uma proposição jurídica e que servem como condição de possibilidade da própria prática tal como constituída, bem como de blindagem contra os predadores da autonomia do Direito⁵⁵⁹; b) a superação da discricionariedade – que deve se dar a partir de um denso controle hermenêutico da interpretação feita pelo registrador (sujeito-intérprete que elabora discursos de fundamentação), espaço em que se pode pensar uma teoria da decisão livre do esquema sujeito-objeto (do positivismo, afinal), sem que isso represente, contudo, a eliminação do sujeito e a conseqüente aposta no método; c) o respeito à coerência e à integridade do Direito – sendo a coerência entendida como a consistência lógica que as decisões de casos semelhantes devem guardar entre si e a integridade a exigência de que os argumentos que fundamentam a decisão sejam construídos de forma integrada ao conjunto do Direito, inclusive para, quando for o caso, romper com a coerência; d) o dever fundamental de justificar as decisões – é a fundamentação que permite o controle (inerente ao plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis) das decisões. Por tal motivo, os registradores, ao praticarem os atos administrativos próprios de sua atividade, devem explicitar as condições pelas quais compreenderam, justificando os fundamentos das suas decisões; e) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada – além de garantir que cada usuário do serviço registral tenha o seu título qualificado a partir da Constituição, este princípio afasta qualquer possibilidade de se aceitar, com base no argumento de que há várias interpretações, múltiplas repostas como corretas e, conseqüentemente, de se admitir que é atribuição do intérprete escolher a melhor resposta.

Na esfera da decisão administrativa do registrador também seria possível utilizar o teste da Condição Hermenêutica de Sentido (CHS) como forma de evitar discricionariedades. Sempre que não for possível aferir a veracidade dos argumentos se estará diante de decisões vazias de conteúdo, cujo fundamento foi

⁵⁵⁹ Streck faz referência a dois tipos de “predadores” do Direito, os endógenos, que funcionam no plano da dogmática jurídica (entendida como senso comum teórico), dos quais destacam-se a proliferação de princípios (sic), que funcionam como álibis teóricos, e a aposta na discricionariedade, que desloca o problema da legitimação da aplicação do Direito para o protagonismo do intérprete; e os exógenos, que funcionam no plano da teoria do Direito, como o uso da moral para a correção do Direito, a política, usada para reformas que buscam fragilizar direitos, e os discursos de análise econômica do Direito, que o colocam a reboque de decisões pragmaticistas. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 602.

extraído da subjetividade do intérprete⁵⁶⁰. Assim, para passar no teste, todas as decisões dos registradores devem atender à legalidade, no sentido a ela atribuído no subcapítulo anterior.

V. Partindo da ideia de que o Direito é um conceito interpretativo – ou seja, que ele possui uma perspectiva construtiva dos significados da prática social que regula, com o objetivo de identificar e reconstruir as finalidades que melhor justificam essa prática – entende-se que, ao realizar a qualificação registral, o delegatário deve interpretar as leis de regência dos direitos em causa considerando a tradição do sistema registral imobiliário construída a partir do todo do Direito. Isso porque é ele que estabelece, de forma intersubjetiva, pois oriundo do ordenamento jurídico produzido de forma democrática, o contexto da narrativa dentro da qual os dispositivos legais relativos à atividade devem ser interpretados.

Nos termos estudados no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se que o sistema registral imobiliário brasileiro – como um dos mecanismos necessário a atender a diretiva constitucional que estabelece ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade do direito de propriedade (art. 5º, *caput*) – serve para o registro de direitos reais, direitos obrigacionais com efeitos reais e demais direitos que, mesmo sem efeito real ou cujo efeito perante terceiros independe de registro⁵⁶¹, estejam expressamente previstos em lei, sendo possível afirmar, portanto, que essa é a intencionalidade (o *point*) do serviço, que não pode ser desconsiderada na interpretação/aplicação das leis pelo registrador ao decidir se um título pode/deve ascender ao fôlio real. Assim, por extrapolar os fins que justificam a criação do sistema, qualquer direito que escape das hipóteses acima indicadas não deve ser registrado. E, mesmo que seja registrado, não será adjetivado com os efeitos produzidos pelo registro.

Deve-se ter presente, ainda, que é essa intencionalidade – dar publicidade (algumas vezes com efeito constitutivo e outras com efeito declaratório) a direitos

⁵⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 397 e 401. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

⁵⁶¹ São exemplos desta hipótese as averbações praticadas com o objetivo de dar publicidade a atos administrativos que impõe obrigações ou limitam os direitos dos titulares da propriedade, tais como: a) notificação realizada pelo Município determinando o parcelamento, edificação ou utilização compulsória de imóvel urbano (prevista no art. 167, II, 18, da Lei nº 6.015/73, e no art. 5º e seg. da Lei nº 10.257/2001, visa o controle da ordem urbanística); b) reservas legais e servidões ambientais (previstas no art. 167, II, 22 e 23, da Lei nº 6.015/73, e na Lei nº 6.938/81, visam a proteção do meio ambiente).

pactuados entre particulares, mas que produzirão efeitos perante terceiros – que também conforma o princípio da segurança jurídica na atividade registral. Ao contrário do que defendem as teorias do Direito ainda reféns da dicotomia objetivismo-subjetivismo, a segurança jurídica não tem um sentido em si, que constitua a essência ou natureza do registro de imóveis, e, tampouco, o seu sentido decorre da subjetividade do intérprete. O verdadeiro sentido do princípio é construído a partir de um contexto intersubjetivo, que deve ser resgatado pelo intérprete no momento da interpretação/aplicação das leis.

É com base nas compreensões acima desenvolvidas que o registrador deve decidir acerca da registrabilidade de um título. Nessa perspectiva, reputam-se equivocadas as posturas que, focadas exclusivamente nas proposições (texto legal) que descrevem determinados estados de coisas, deixam de proceder a leitura contextual da narrativa dentro da qual o direito deve ser interpretado/aplicado, insistindo em defender, por exemplo, que só é possível praticar os atos de registro previstos no artigo 167 da Lei nº 6.015/73, como se este dispositivo estabelecesse um rol taxativo de direitos registráveis. Da mesma forma, consideram-se incorretas as teses que defendem, com base em uma noção solipsista do princípio da segurança jurídica, a possibilidade de registrar direitos que não se enquadrem nas hipóteses acima indicadas.

Para complementar o argumento a respeito do equívoco de ambas as posturas recorre-se a dois exemplos. O primeiro refere-se ao direito de retrato decorrente da cláusula especial de retrovenda, pactuada em contrato de compra e venda. Segundo estabelecem os artigos 505 e 507 do Código Civil⁵⁶², “o vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos”, sendo que tal direito, “cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente”.

Tanto os dispositivos legais acima indicados quanto o artigo 167 da Lei nº 6.015/73 não preveem a possibilidade de averbação do direito de retrato na matrícula do imóvel vendido. Contudo, o efeito real que a lei estabelece para esse direito obrigacional (o seu titular poderá exercê-lo contra terceiros adquirentes do imóvel) só será alcançado de forma a atender a diretiva constitucional de proteção do direito de propriedade e o princípio da segurança jurídica, se tal direito tiver acesso ao fôlio real.

⁵⁶² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

Dito de outra forma, a porosidade/indeterminação dos artigos 505 e seguintes do Código Civil em relação ao registro do referido direito é preenchida/esclarecida com princípios jurídicos que fundamentam o sistema registral imobiliário.

De outro lado, entende-se equivocado utilizar o princípio da segurança jurídica para fundamentar a qualificação registral positiva de negócios jurídicos que, embora relacionados ao imóvel, geram apenas direitos obrigacionais. Esse é o caso, por exemplo, do contrato de comodato, que, a teor do que estabelecem os artigos 579 a 585 do Código Civil, não gera ao comodatário qualquer direito que possa vir a ser exercido contra terceiros que não participaram da relação jurídica que o constituiu (e.g. direito de preferência na aquisição ou de vigência do contrato em caso de alienação do imóvel)⁵⁶³. Assim, permitir o registro de direitos obrigacionais que não geram efeitos reais, como no caso do exemplo em comento, justificando a decisão no princípio da segurança jurídica, é incorreto, pois extrapola a intencionalidade do sistema de registro de imóveis. Além disso, a lavratura de atos relativos a direitos que não geram efeitos perante terceiros também pode causar a falsa ideia de que o direito registrado deve ser respeitado por futuros adquirentes do imóvel, acabando por provocar insegurança, exatamente o oposto do que se pretendida quando o registro foi deferido.

Desde Antígona se sabe que o Direito não é formado só por leis, mas também por princípios. Contudo, é necessário ter presente a forma correta de utilização dos princípios, pois o seu uso sem critérios remete a decisões solipsistas que afetam a autonomia do Direito. Assim, repita-se, registrável não é aquilo que o registrador diz que é, especialmente quando utiliza princípios como álibis teóricos para decidir, mas sim o que o Direito prevê como tal. Por isso, entende-se que a única forma de exercer a atividade registral imobiliária dentro dos limites democraticamente instituídos é a partir da real compreensão da sua estrutura jurídica e intencionalidade. Tudo que extrapolar esses limites servirá de empecilho para que o registrador cumpra a sua atribuição decisória de forma equânime e lastreada na responsabilidade de alcançar respostas corretas, atentando contra aquilo que se espera da atividade: a outorga de segurança jurídica.

⁵⁶³ Em que pese a lei de regência do contrato de comodato não preveja efeitos reais para as obrigações que dele decorrem e tampouco exista qualquer dispositivo legal que permita o registro dos direitos que decorrem do empréstimo, a Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, ao editar o Provimento 01/2020, estabeleceu, no art. 584, VI, a possibilidade de averbá-lo na matrícula do imóvel.

5 CONCLUSÃO

O trabalho que ora se conclui teve como objetivo central analisar a qualificação registral imobiliária à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, a fim de demonstrar a necessidade de se pensar tal atribuição do registrador a partir de uma matriz teórica que apresente o ferramental necessário para que a decisão dela advinda esteja livre do elemento discricionariedade. Para tanto, com fidelidade ao método que conduziu a pesquisa, olhou-se para dentro da tradição do serviço de registro de imóveis com o propósito de explorar as possibilidades que, ao longo dos anos, ficaram encobertas pelas sedimentações que se formam na linguagem. Nesse processo reflexivo, foi possível avaliar criticamente os pré-juízos que constituem a força propulsora da compreensão predominante, bem como projetar, a partir da elaboração de uma situação hermenêutica, um novo horizonte de sentido.

Considerando que, na perspectiva hermenêutica defendida pela CHD, a interpretação/aplicação do Direito nada mais é do que o momento de explicitação do compreendido, foi fundamental, para os objetivos da pesquisa, começar o revolvimento do chão linguístico em que está assentada a tradição da atribuição decisória do oficial de registro pelas características do serviço por ele prestado. Além de estabelecer as condições de possibilidade para que a qualificação registral seja realizada de forma correta, definir o que se entende por compreensão autêntica do registro público de imóveis também serviu para afastar os pré-juízos ainda presentes no senso comum – que desconsidera o caráter jurídico do serviço –, bem como estruturar o conhecimento a respeito do tema pesquisado.

Em relação à finalidade do registro de imóveis, ficou muito claro que, com vistas a tornar efetiva a diretiva constitucional que imputou ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade do direito de propriedade (art. 5º, *caput*), o serviço destinase a dar publicidade a direitos relacionados à propriedade imobiliária, que devem ser respeitados por terceiros que não participaram da relação jurídica que lhes deu causa. Essa característica da atividade, ao expor a intencionalidade do Estado em promover segurança jurídica através de mecanismos de intervenção em relações privadas, também denuncia o fato de que a atuação do registrador de imóveis se justifica, preponderantemente, no interesse público.

Sendo o interesse público de tutelar direitos privados o que fundamenta a existência do registro de imóveis, é evidente que tal serviço é de titularidade do

Estado, sendo essa a única atribuição de sentido possível ao artigo 236 da Constituição Federal. Em relação a essa característica – além de o constituinte originário determinar que o serviço será exercido em caráter privado, particularidade que remete ao reconhecimento de um regime jurídico específico ao serviço, diferenciando-o das demais espécies de serviço público, –, pode-se dizer ainda que, por estar relacionado à constituição, declaração, modificação ou extinção de direitos, o registro de imóveis deve ser entendido como atividade jurídica do Estado, e não apenas técnico-administrativa.

Na qualidade de prestadores de serviço em nome do Estado, os delegatários, por sua vez, são considerados agentes públicos e as certidões, os registros e as qualificações registrais por eles realizadas são classificadas como atos administrativos, sendo esse enquadramento a condição necessária para que obtenham os atributos (presunção de veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade) que se consideram imprescindíveis para atender às finalidades do serviço. Contudo, por se tratar de atividade jurídica, os delegatários – ao contrário dos agentes ligados ao Poder Executivo, prestadores serviços públicos materiais, de fruição e comodidade, – não praticam atos administrativos discricionários, pois não possuem margem para juízos de conveniência e oportunidade, na medida em que não escolhem como o título se conformará às normas que o disciplinam ou como o ato será praticado, e sim decidem, com base no Direito, se o título apresentado está apto a ascender ao fôlio real e se o registro pode ser lavrado nos termos que lhe foram solicitados.

Diante disso, tem-se que as decisões dos delegatários, ao procederem a qualificação registral, são sempre vinculadas (ao Direito). Entretanto, o fato de os registradores não praticarem atos discricionários não os exime de terem que fundamentar as suas decisões, não importando se foram no sentido de lavrar o registro ou de indicar a impossibilidade da sua realização.

A necessidade de fundamentar as decisões a respeito da registrabilidade de um título, além de ser condição de validade do ato administrativo, decorre das exigências do Estado Democrático de Direito. Ora, se para ser titular de um direito relativo à propriedade imobiliária o Estado exige que o título que lhe deu causa seja registrado, é evidente que a decisão que deferir ou negar o pedido deve ser motivada/fundamentada.

Finalizado o olhar mais amplo a respeito do registro de imóveis, a pesquisa voltou-se ao estudo da Crítica Hermenêutica do Direito com o objetivo de encontrar a base teórica necessária para, na terceira parte do estudo, realizar uma reflexão crítica a respeito dos atuais modelos de qualificação registral. Além disso, buscou-se associar a referida matriz teórica à atribuição decisória do registrador, pois tal movimento representa colocar a disposição do delegatário um manancial de possibilidades para a construção de respostas corretas aos problemas inerentes à atividade, permitindo-o, em cumprimento da responsabilidade política ligada à função que ocupa, decidir de forma a obedecer a integridade do Direito, com coerência e equanimidade, a fim de que o serviço, livre do elemento discricionariedade, produza segurança jurídica e atenda aquilo que se espera do registro público de imóveis em um Estado Democrático de Direito.

A tese liderada por Lenio Streck deixa evidente que não há teoria do Direito sem filosofia, ou seja, não é possível falar em paradigmas jurídicos sem estudá-los a partir dos paradigmas filosóficos nos quais estão inseridos. Assim, é na imbricação entre as filosofias de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer e a teoria jurídica de Ronald Dworkin que a CHD constrói o seu conceito de Direito, blindando-o contra discricionariedades interpretativas/decisórias.

A interpretação construída com base na fenomenologia hermenêutica e na hermenêutica filosófica a afasta das objetividades do texto e das subjetividades do intérprete, pois permite constatar que o processo interpretativo está sempre impregnado por (pré)compreensões provenientes das vivências do intérprete, sejam elas derivadas do conhecimento teórico, sejam oriundas do conhecimento prático, que se relacionam no interior do círculo hermenêutico num contexto intersubjetivo de fundamentação. Assim, como a interpretação decorre das estruturas da compreensão (entendida por apreensão de realidades como um modo de ser do Dasein), o uso de métodos, como elemento interpretativo, mostra-se equivocado, na medida em que eles sempre chegam depois que a interpretação já foi realizada na compreensão.

Por sua vez, na teoria integrativa do direito buscam-se os elementos coerência e integridade para imunizar a interpretação contra raciocínios *ad hoc*. Ao contrário das teorias positivistas, que separam o direito e a moral e veem o direito como ciência descritiva, e da maioria das teorias pós-positivistas, que utilizam o intérprete para inserir valores sociais no direito, apostando na “razão” de quem decide, na

proposta de Dworkin não há separação e nem sobreposição, mas cooriginariedade entre direito e moral. Isso quer dizer que, para decidir, o agente deve buscar identificar a fonte moral enraizada (institucionalizada) no fenômeno jurídico, cenário em que mecanismos como coerência e integridade servem de garantia contra arbitrariedades decorrentes de moralismos pessoalistas/consequencialistas do intérprete.

Por serem antidiscricionárias e antirrelativistas, pode-se dizer, ainda, que as matrizes teóricas que estão na base da CHD possibilitam distinguir pré-compreensões autênticas/legítimas de inautênticas/ilegítimas e decisões boas de decisões ruins, proporcionando que o registrador tenha as condições necessárias para apresentar respostas corretas às situações que lhes são apresentadas. E é justamente no que se refere à noção de resposta correta que se localizam os passos adiante da CHD em relação às suas matrizes teóricas. Na tese de Streck, a resposta correta é aquela que está ajustada à Constituição e que se configura como um direito fundamental daqueles que são atingidos pela decisão jurídica. Nesse sentido, os agentes públicos (os registradores de imóveis, inclusive), além de justificar (fundamentar/motivar) conteudisticamente as decisões, têm o dever de empreender os esforços necessários para chegar à resposta correta, o que só será possível se a autonomia do Direito for reconhecida, ou seja, se a resposta não for influenciada por elementos não jurídicos (moral, política, economia etc.) que, por permitirem que se promovam correções na lei no momento da sua aplicação, afetam o pacto democrático.

Com base nas lições da CHD, a última parte da pesquisa foi destinada a demonstrar os motivos pelos quais as teorias do saber prudencial do registrador, de Ricardo Dip, e da legalidade, de Afrânio de Carvalho, não se apresentam aptas para resolver o problema da discricionariedade interpretativa/decisória no âmbito do serviço de registro de imóveis. No que se refere à primeira, que define a qualificação registral como um juízo prudencial, próprio da razão prática, lastreado na hierarquização sindérese / ética / direito positivo, o problema está relacionado ao fato de que tal tese remete o registrador a decidir conforme a sua consciência. A segunda, por sua vez, embora trate a qualificação registral como a atribuição do delegatário de realizar o exame prévio da conformidade dos títulos com a lei, o que, em princípio, não seria um problema, falha por não realizar o aprofundamento necessário à obtenção de mecanismo capazes de orientar os registradores a

proceder tal exame, o que acaba por levá-los a decidir de forma discricionária, seja por vincularem a legalidade ao legalismo positivista, que os remete a um textualismo rasteiro, seja por fazerem uma inadequada filtragem constitucional da atividade, através da qual, a partir de uma noção mais abrangente de legalidade, princípios são usados como álibis teóricos de validação de atuações subjetivistas.

Os fundamentos das citadas teorias foram detalhadamente analisados no decorrer do trabalho, sendo possível identificar como o erro central de ambas o fato de desconsiderarem a virada ontológico-linguística que ocorreu na filosofia no início do século XX. Com os giros da filosofia da linguagem ficaram superadas as falsas crenças de que as coisas possuem essência e de que o seu sentido nos é dado, pela natureza ou por Deus. Diante disso, se as coisas não são o que são em razão da sua essência, permitir que as decisões sejam produto da consciência, como é o caso da teoria do saber prudencial, abre as portas para que os registradores assujeitem os sentidos, deslocando o fundamento das decisões da essência das coisas (que não existem) para o sujeito pensante, o que acaba por posicionar a referida teoria no paradigma da filosofia da consciência, inaugurado com a modernidade.

A libertação do Direito da busca por um fundamento último, que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência, só ocorrerá com o despertar dos juristas para o giro promovido pela filosofia hermenêutica. A partir da constatação de que o conhecimento decorre de uma estrutura prévia de sentido (discurso de pré-compreensão) estabelecido por uma linguagem pública, produzida de forma intersubjetiva e que é condição de possibilidade para estarmos no mundo e nos relacionarmos com os objetos, não há como sustentar doutrinas jurídicas que reduzam a complexa tarefa de decidir à consciência do intérprete (ao seu “livre convencimento” ou ao seu “prudente critério”).

A consequência de desconsiderar – ou de ser refratário – as viravoltas linguística e ontológica é que, em vez de proferir uma decisão que respeite uma estrutura – um *a priori* compartilhado que compreende a reconstrução da história institucional do Direito, com coerência e integridade –, o registrador fica autorizado a prolatar a decisão de acordo com o que a sua consciência indicar. E o perigo de se pensar a qualificação registral dessa forma reside na possibilidade de o delegatário valer-se de argumentos criados *ad hoc* para legitimar as decisões que, segundo a sua consciência, apontam na direção da sua concepção de segurança jurídica, e

que, talvez, possa ser diferente da concepção de outro oficial de registro, ou, ainda pior, seja distinta da concepção de segurança jurídica que a ordem constitucional institucionalizada outorgou ao agente público registrador.

Por tais razões, defendeu-se neste trabalho que a qualificação registral deve ser pensada à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, que está fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental. Nesse paradigma, o registrador encontrará a verdade na tradição, nas práticas construídas socialmente e na moralidade institucionalizada (intersubjetiva), passando, definitivamente, do esquema sujeito-objeto, próprio da razão prática solipsista, para o esquema sujeito-sujeito, lastreado naquilo que lhe é entregue pela tradição.

Com a CHD também é possível perceber que para aplicar a lei deve-se considerar a sua historicidade, bem como o sentido interpretativo desenvolvido pela tradição jurídica do sistema em que o texto está inserido, o que remete à inarredável conclusão de que não existe aplicação da lei por subsunção ou dedução, como pretendem as posturas objetivistas do Direito, a exemplo da teoria da legalidade, e, tampouco, é possível construir um sentido para o texto de forma arbitrária, como o fazem as correntes subjetivistas. Nessa concepção de legalidade, que parte do pressuposto de que o texto não possui um sentido em si, também está inserida a ideia de que o intérprete deve respeitar os limites semânticos que decorrem do texto, vinculados a toda a história institucional que envolve o instituto jurídico interpretado, evidenciando que o texto não está à disposição do intérprete.

Esse é o conceito de legalidade (de Direito, afinal) defendido pela CHD e que deve servir de norte para a qualificação registral imobiliária, pois identifica nos limites da tradição e da autoridade do texto – ambas, obviamente, sob o manto da constitucionalidade fundadora do espaço público democrático e da qual se extrai a necessidade de respostas corretas – a rejeição tanto da aplicação de uma literalidade quanto de uma criação discricionária do sentido do texto.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o tema, buscou-se, como último elemento do método fenomenológico-hermenêutico que orientou a pesquisa, apresentar alguns aportes para a construção de uma teoria hermenêutica da qualificação registral, momento em que, consciente de que não há grau zero de sentido, levou-se em consideração a tradição da atividade, com a conseqüente supressão de seus encobrimentos linguísticos. Esse processo culminou no apontamento dos cinco

pressupostos a seguir indicados, que devem ser considerados pelos registradores no momento da aplicação do Direito.

I. O serviço de registro de imóveis deve ser entendido como atividade jurídica inserida na estrutura burocrática do Estado, pois é no interior dela que o serviço encontrará os mecanismos que o legitima a tutelar, coercitivamente, determinados direitos privados relacionados à propriedade imobiliária.

II. O fato de o delegatário atuar em nome do Estado não o desonera da necessidade de motivar as suas decisões a respeito da registrabilidade de um título, pois tal exigência, que decorre tanto da estrutura dos atos administrativos quanto da responsabilidade política do registrador, evitará o encobrimento de discricionariedades e permitirá que se exerça controle sobre as decisões.

III. Para atender às disposições das Leis nºs 6.015/73 e 8.935/94, a qualificação registral deve ter, pelo menos, as seguintes etapas: *primeira*, análise preliminar; *segunda*, saneamento; *terceira*, verificação da validade do fato jurídico inscritível e sua aptidão para produzir eficácia; *quarta*, especialidade subjetiva; *quinta*, especialidade objetiva; *sexta*, especialidade do fato jurídico inscritível; *sétima*, requisitos extrarregistrais; *oitava*, decisão fundamentada.

IV. Para realizar a qualificação registral, o delegatário deve estar munido de uma teoria da interpretação/decisão que se preocupe como o elemento hermenêutico (discursos de compreensão), pois só assim terá condições de afastar a discricionariedade das suas decisões.

V. Sendo o Direito um conceito interpretativo, ao realizar a qualificação registral o delegatário deve interpretar as leis de regência dos direitos em causa considerando a tradição do sistema registral imobiliário construída a partir do todo do Direito. Isso porque é ele que estabelece, de forma intersubjetiva, pois oriundo do ordenamento jurídico produzido de forma democrática, o contexto da narrativa dentro da qual os dispositivos legais relativos à atividade devem ser interpretados.

Como um dos mecanismos necessário a atender a diretiva constitucional que estabelece ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade do direito de propriedade, o sistema registral imobiliário brasileiro é destinado ao registro de direitos reais, direitos obrigacionais com efeitos reais e demais direitos que, mesmo sem efeito real ou cujo efeito perante terceiros independe de registro, estejam expressamente previstos em lei, sendo possível afirmar, portanto, que essa é a intencionalidade (o

point) do serviço, que não pode ser desconsiderada na interpretação/aplicação das leis pelo registrador ao decidir se um título pode/deve ascender ao fôlio real.

Deve-se ter presente, ainda, que é essa intencionalidade – dar publicidade (algumas vezes com efeito constitutivo e outras com efeito declaratório) a direitos pactuados entre particulares, mas que produzirão efeitos perante terceiros – que também conforma o princípio da segurança jurídica na atividade registral. Ao contrário do que defendem as teorias ainda reféns da dicotomia objetivismo-subjetivismo, a segurança jurídica não tem um sentido em si, que constitua a essência ou natureza do registro de imóveis, e, tampouco, o seu sentido decorre da subjetividade do intérprete. O verdadeiro sentido do princípio é construído a partir de um contexto intersubjetivo, que deve ser resgatado no momento da interpretação/aplicação das leis.

É com base nas compreensões acima desenvolvidas, alcançadas a partir do ferramental disponibilizado pela CHD, que o registrador deve decidir acerca da registrabilidade de um título. Ao agir dessa forma, o delegatário operará dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e outorgará segurança jurídica à comunidade.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALBERTUNI, Carlos Alberto. Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 2, p. 142, 2011.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2013.
- ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. São Paulo: Abril Cultural, 1981.
- BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Invalidez de exercício direto pelo Estado dos serviços notariais e de registro**: interpretação conforme a Constituição do art. 1.361, §1º, do novo Código Civil. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/Barroso.htm>. Acesso em: 29 jan. 2020.
- BERTHE, Marcelo Martins. Art. 221 da Lei nº 6.015/73. *In*: ALVIM, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei dos registros públicos comentada**: lei 6.015/1973. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado**: Antiguidade e idade média. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2012.
- BORGES, José Francisco Martins. A relação entre lei, razão prática e agir moral em São Tomás de Aquino. **Filosofazer**, Passo Fundo, v. 46, n. 1, p. 55, 2016.
- BOTTEGA, Jéverson Luís. **A propriedade horizontal em perspectiva de direito comparado**: Portugal e Brasil. São Paulo: Quinta, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3151 MT)**. Partes: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR; Antônio Carlos Mendes e outros; Governador do Estado de Mato Grosso; Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso; Roberto Quiroga Mosquera e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 8 de Junho de 2005.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.** Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/l13105.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.378 – Espírito Santo - Medida cautelar (ADI 1378 MC / ES).** Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Espírito Santo; Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Celso de Mello, pelo Tribunal Pleno, 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 85.911-9 Minas Gerais.** Paciente: Eugênio Klein Dutra. Impetrantes: Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais - Sinoreg/MG e outros. Coator: 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/stf-habeas-corpus-carta-de-adjudicacao-qualificacao-registral-titulo-judicial-crime-de-desobediencia-duvida.html>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 842.846 Santa Catarina**. Recorrentes: Estado de Santa Catarina. Recorridos: Sebastião Vargas. Am. Curiae. : Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG-BR; Instituto de Estudos e Protesto de Títulos do Brasil – IEPTB; Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal Relator: Min. Luiz Fux, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504507>. Acesso em: 03 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHOS, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

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

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Direito administrativo registral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. Do conceito de direito imobiliário registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 27, p. 53, jan./jun. 1991.

DIP, Ricardo Henry Marques. O estatuto profissional do notário e registrador. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 56, p. 134, jan./jun. 2004.

DIP, Ricardo Henry Marques. O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 42, p. 9, set./dez. 1997.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2017. t. 1.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2018. t. 2.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Registro de imóveis (princípios)**. Descalvado: PrimVs, 2019. t. 3.

DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 36, jul./dez. 1999.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a natureza jurídica da instituição registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 415, jul./dez. 2018.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, p. 34, jan./jun. 1992.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 31/32, p. 9, jan./jun. 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ERPEN, Décio Antônio. A atividade notarial e registral: uma organização pré-jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 35/36, p. 37, jan./dez. 1995.

ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para a aposentadoria compulsória dos notários e registradores. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 104, jul./dez. 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. 300 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisske. **Condomínio em edifícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2015.

GOMES, Orlando. A introdução do princípio da continuidade do registro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 1, p. 11, jan./jun. 1978.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GONZÁLEZ, Fernando Méndez; DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio. **Registro público de imóveis eletrônico: riscos e desafios**. São Paulo: Quinta editorial, 2012.

GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza jurídica dos órgãos notarial e registral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, p. 121, jul./dez. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. **O registro imobiliário e o direito à proteção dos dados pessoais**. Temas de Registro e de Notariado. Coimbra: Almedina, 2010a.

GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira. **Publicidade e princípios do registo**. Temas de Registro e de Notariado. Coimbra: Almedina, 2010b.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.

JACOMINO, Sérgio. **Cadastro & Registro: conexão e interdependência**. *In*: ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO Brasil, 15., 1999, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 449-464.

JARDIM, Mónica. **Efeitos substantivos do registo predial: terceiros para efeitos de registo**. Coimbra: Almedina, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERN, Marinho Dembinski; COSTA JÚNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. **Princípios do registro de imóveis brasileiro**. Coord. Alberto Gentil de Almeida Pedrosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (Coleção Direito Imobiliário, v. 2).

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 t 1: Teoria geral e filosofia do direito.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos reais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 178, jul./dez. 2015.

MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 85, p. 397, jul./dez. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 47, jul./dez. 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito predial**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. v. 1.

MONTES, Angel Cristóbal. **Direito imobiliário registral**. Porto Alegre: SAFE, 2005.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 2.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. t. 4.

NALINI, José Renato. A matrícula e o cadastro no registro imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 37, p. 17, jan./abr. 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal**. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Organizadores: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Viviane Magalhães. *Hermenêutica filosófica como filosofia prática*. **Ekstasis**: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 38-52, 2015.

PEREIRA, Viviane Magalhães. Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”: hermenêutica como teoria filosófica. **Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 157-178, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POE, Edgar Allan. **Poemas e ensaios**. São Paulo: Globo, 1999.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICHTER, Luiz Egon. **Da qualificação notarial e registral e seus dilemas**. *Introdução ao direito notarial e registral*. Coordenação Ricardo Dip. Porto Alegre: IRIB; Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (18. Câmara Cível). **Apelação civil 70069852457 RS**. Apelantes: J. L. B e A. R. C. S.; Apelado: Registro de Imóvel da 1 Zona. Relator: João Moreno Pomar, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/379338433/apelacao-civel-ac-70069852457-rs/inteiro-teor-379338446>. Acesso em: 03 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (20. Câmara Cível). **Apelação cível nº 70084182716**. Apelantes: N. L. S. B. e F. A. B. Apelados: G. C. S. Relator: Dilso Domingos Pereira, 16 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1159038231/apelacao-civel-ac-70084182716-rs/inteiro-teor-1159038237>. Acesso em: 03 jul. 2020.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul: Editora UCS, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Corregedoria-Geral da Justiça. **Processo CG 2009/67025**. Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva, 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://sajadm01.tj.sp.gov.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=2480>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Corregedoria-Geral da Justiça. **Processo: 1.365/84**. Relator: José Renato Nalini, 14 de dezembro de 1984. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/parcelamento-do-solo-urbano-construcao-averbacao-registro-especial-dispensa.html>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SÃO PAULO. **CGJSP - Recurso Administrativo: 0024525-47.2017.8.26.0100**. Relator: Geraldo Francisco Pinheiro Franco, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/divorcio-partilha-escritura-emolumentos-base-de-calculo-meacao-qualificacao-registral-dolo-ou-culpa.html>. Acesso em: 03 maio 2020.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Normas de serviço**. Cartórios extrajudiciais. Corregedor Geral da Justiça: Desembargador Milton Evaristo dos Santos. São Paulo, 1989. t. 2. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=122759>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SHAPIRO, Scott J. **O debate “Hart versus Dworkin”**: um pequeno guia para os *perplexos*. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Organizadores: André Coelho, Saulo de Matos e Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 8, p. 45, jul./dez. 1981.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Expedição de certidões pelo registro imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 59, p. 75, jul./dez. 2005.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa

na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de dicionários jurídicos).

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014b. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan./abr. 2018.

STRECK, Lenio, Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito das coisas**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 4.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

TUGENDHAT, Ernst. Wittgenstein: a impossibilidade de uma “linguagem privada”. **Revista do CEBRAP**, São Paulo, n. 32, p. 47-63, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem: 2ª** versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Ed. Nacional, 1968.

WU, Roberto. A ontologia da phronesis: a leitura heideggeriana da ética de Aristóteles. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 1, p. 95-110, jan./abr., 2011.