

A facultatividade da ata notarial na usucapião extrajudicial

Marcus Kikunaga

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES); Especialista em Direito Notarial e Registral pela Escola Paulista de Direito (EPD); Professor de cursos de extensão e especialização em Direito Imobiliário, Notarial e Registral e de cursos Preparatórios para concursos de delegações notariais e de registro; Coautor do Manual de Prática Imobiliária, Notarial e Registral da Editora Lex Magister (147 fascículos semanais entre 2010 e 2013); Coautor da obra Provas no Novo CPC da Editora IASP; Coautor da obra Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores – Direito Civil – vol. 6, Tomo II, da Editora RT; Presidente da Comissão de Direito Notarial e Registros Públicos da OAB/SP triênio 2016/2018; Membro da Comissão dos Novos Advogados e da Comissão de Direito Imobiliário do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro do Conselho Editorial da Revista Científica da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

www.kikunaga.adv.br

Neste modesto artigo, decorrente de um trabalho anterior¹, apresentaremos justificativas para demonstrar a facultatividade da ata notarial como documento de prova no processo de usucapião extrajudicial.

1. DO PROCESSO DE REGISTRO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Esta nova atribuição aos Oficiais de Registro de Imóveis trouxe muitas inovações no campo epistemológico da natureza das serventias extrajudiciais, principalmente no que tange, a permissão legal do Oficial de Registro reconhecer direitos de um fato naturalmente litigioso.

Essa reflexão se dá pela função notarial e registral de promover a manutenção da paz social nas relações jurídicas, tendo como pressuposto o consenso entre as partes, a vedação da prática de atos nulos, atos ineficazes no mundo jurídico ou ainda aqueles que possam originar um litígio.

O art. 216-A e seguintes da Lei nº 6.015/73, permitiu que a serventia registral competente da situação do imóvel, seja a responsável direta pelo reconhecimento do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, processando-se diretamente todos

¹ CAMBLER, Everaldo Augusto; BATISTA, Alexandre Jamal; ALVES, André Corvelli (Coord.). Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17. (Série Coleção Direito Privado em Debate) – São Paulo: Editora IASP, 2018, Tomo I

os atos perante a fé pública do Oficial, o qual poderá inclusive realizar audiências de instrução e conciliação.

No processo de usucapião extrajudicial, o Oficial do Registro de Imóveis, não apenas analisará os requisitos do pedido, mas também verificará as declarações das partes e testemunhas, em claro prejuízo à fé pública notarial.

Nesta nova atribuição, o Oficial não qualificará um título, mas sim, o confeccionará durante o processo, e de forma imprópria, usurpando a imediação “notarial” na apuração da verdade real manifestada pelas partes de forma exclusiva e direta, como o faz na esfera judicial, pelo juiz de direito, no convencimento da verdade.

Assim, foi-se o tempo, em que o registrador, ao qualificar o título que lhe era apresentado, examinava, apenas seus aspectos formais² ou extrínsecos³⁻⁴.

Pensamos que fez mal o legislador atribuir ao Registrador o poder de convencimento jurisdicional da usucapião, pela impropriedade existente entre as serventias extrajudiciais e o Poder Jurisdicional de reconhecer um direito naturalmente conflituoso.

2. DA ATA NOTARIAL *STRICTO SENSU*

Como dito em outro trabalho⁵, de todos os atos notariais protocolares de competência exclusiva do Tabelião de Notas, a ata notarial é protagonista de várias exceções principiológicas do Direito Notarial, como por exemplo, ser o único ato, em que não se analisa o conteúdo, em decorrência de sua natureza jurídica de ato-fato jurídico, visto pelo plano da eficácia, cuja característica principal ser a narração de fatos, independentemente de serem jurídicos ou não, do qual fazem parte pessoas ou coisas.

2.1 Conceito

² Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Apelação Cível: 9000004-16.2012.8.26.0210 relator Des. Elliot Akel, j. 3.3.2015 Disponível em: <<http://www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=26821>> acesso em 4 junho 2015.

³ Sentença da 1ª Vara dos Registros Públicos de São Paulo. Processo: 000973/81, julgado pelo Juiz de Direito Narciso Orlandi Neto em 28.10.1981 Disponível em: <<http://www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=6095>> acesso em 4 junho 2015.

⁴ Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Apelação Cível: 0909846-85.2012.8.26.0037 relator Des. José Renato Nalini, j. 7.3.2013 Disponível em: <<http://www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=24138>> acesso em 4 junho 2015.

⁵ KIKUNAGA, Marcus Vinicius, Ata Notarial e seus benefícios na perpetuidade da prova. *In* Provas no novo CPC, 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados - IASP, 2007, p. 252

Definimos a ata notarial como o instrumento probatório dotado de fé pública, no qual se assenta a narração de fatos presentes, envolvendo ou não pessoas ou coisas, constatados exclusiva e pessoalmente pelos sentidos (olfato, paladar, audição, visão ou tato) do delegatário notarial.

Diferentemente, os ilustres notários Felipe Leonardo Rodrigues e Paulo Roberto Gaiger Ferreira, afirmam que a ata notarial seria “*o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente fatos, coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou o seu estado*”⁶.

Destaca-se o conceito de Leonardo Brandelli, ao ensinar ser a ata notarial “o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento”.⁷

Singelamente, Leonardo Brandelli, assevera ser a ata notarial a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio.⁸

Dos conceitos se extrai os três principais elementos da ata notarial:

- (i) a narrativa de um FATO PRESENTE;
- (ii) presença do Tabelião de Notas pessoalmente e não por prepostos;
- (iii) presunção de autenticidade decorrente da fé pública do delegatário e não de seus prepostos

Desse modo, como é possível admitir uma ata notarial de posse e tempo, FATOS PRETÉRITOS NÃO PRESENCIADOS PESSOALMENTE PELO TABELIÃO DE NOTAS?

2.2. Da finalidade da ata notarial *stricto sensu*

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 384, não inovou, ao classificar a ata notarial, dentre as modalidades da prova, como instrumento de pré-constituição de prova de qualquer fato, seja lícito ou ilícito.

O revogado Código de Processo Civil, já o fazia, no art. 364, de forma genérica e pouco técnica, novamente reproduzido pelo art. 405 do Novo CPC, que qualquer documento público tinha o condão de fazer prova não só da sua formação, mas também

⁶ RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de Notas*. (Coleção cartórios/coord. Christiano Cassettari). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁷ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*, ob. cit., p. 249.

⁸ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo código de processo civil* – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71

dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou servidor declarar que ocorreram em sua presença.

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Pedro Ávila Álvares, ao afirmar que a ata notarial, não possui eficácia horizontal ou substantiva (que são aquelas que criam direitos e obrigações) nem executiva (que são aquelas que autorizam exigir o cumprimento de obrigação), características próprias das escrituras públicas, mas apenas eficácia probatória⁹.

Nesse diapasão, Leonardo Brandelli assevera “*tem a ata notarial o condão de preconstituir prova dotada de fé pública, isto é, os fatos que o notário declarar que ocorreram em sua presença presumem-se verdadeiros, tornam-se críveis, até que se prove o contrário. Por isso diz-se que a ata notarial tem a característica de perpetuar o fato no tempo, com força de fé pública*”.¹⁰

Da mesma forma, com muita propriedade, arremata Kioitsi Chicuta, afirmando a finalidade precípua da ata notarial se dar pela constatação de fatos presentes, realizada pessoalmente pelo tabelião de notas, que não abranja contrato ou manifestação de vontade¹¹.

Ratifica Celso Fernandes Campilongo, sobre o objetivo da ata notarial ser a narração dos fatos, de forma direta e minuciosa no intuito de se evitar dúvidas do ocorrido¹².

Concluimos nosso raciocínio, questionando sobre o sentido de se fazer prova de outros documentos de prova acostados ao requerimento de usucapião no Registro de Imóveis, considerando que a ata notarial é um instrumento para se pré-constituir uma prova presenciada pessoalmente pelo Tabelião de Notas?

2.3. Natureza Jurídica da ata notarial *strictu senso*

Nesse ponto de nossas reflexões, de fato, todas nossas fundamentações se encontram na análise da natureza jurídica da ata notarial.

Cumprе ressaltar, o alerta de Celso Fernandes Campilongo, em diferenciar a ata notarial das escrituras e procurações, afirmando:

⁹ Pedro Ávila Alvarez. *Derecho Notarial*. 7ª Barcelona: Bosch, 1990, p. 237, *apud* BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial...*, ob. cit., p. 258.

¹⁰ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial...*, ob. cit., p. 55

¹¹ BRANDELLI, Leonardo (coord). **Ata Notarial**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 174

¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157

“Diferentemente das escrituras de venda e compra, que pressupõem o consenso entre as partes, **ou da procuração**, que implica declaração de vontade com outorga de poderes, **a ata notarial conta com seleção de fatos e redação do registro de eventos** nas quais a participação do notário é decisiva. Na ata notarial o tabelião relata o que escuta, visualiza e constata. O notário se circunscreve a um juízo de fatos.”¹³ (g.n.)

2.3.1. Quanto ao plano da existência

Sob o enfoque dos pressupostos da ata notarial, podemos afirmar que a ata notarial é um **instrumento do fato jurídico**, ou seja, para que ela seja produzida, obrigatória a presença pessoal do Tabelião de Notas, delegatário da serventia notarial, para constatar o fato que se deseja apreender.

Significa dizer que apenas o Tabelião de Notas, delegatário e detentor da fé pública está legitimado a constatar o fato e dele outorgar seu poder da presunção de autenticidade.

Desse modo, ilegal é a subdelegação da fé pública aos prepostos.

Para que se esclareça essa situação, é comum nas serventias notariais e registrais e total delegação da fé pública aos prepostos.

Os prepostos não podem e não possuem fé pública emprestada do delegatário para outorgar fé para declarações, documentos, assinaturas e fatos.

Nesse sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, normatizou o conceito de ata notarial, no item 137, do Capítulo XIV, Tomo II, do Prov. 58/89, exige a presença pessoal do Tabelião de Notas, dispondo que a ata notarial será feita pela **“narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo Tabelião de Notas”**

2.3.2. Quanto ao plano da validade

Diferentemente do plano da existência, no campo da validade, a ata notarial tem sua forma prescrita no art. 7º, inciso III, da Lei 8.935/94, onde exige-se que ela seja escrita, pelo Tabelião de Notas pessoalmente ou por qualquer preposto, considerando que o fato já se encontra constatado por quem tem a fé pública do Estado.

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

(...)

III - lavrar atas notariais; (grifo nosso)

¹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157

Não há dúvidas que no plano da validade o preposto pode materializar os fatos presenciados e narrados pelo Tabelião de Notas.

A fé pública do delegatário da serventia extrajudicial é indelegável, pela nitidez do art. 236 da Constituição Federal e confusão prática na aplicação do art. 20 da Lei nº 8.935/94.

Sob essa análise, o art. 20 da Lei 8.935/94 autoriza os notários e os oficiais de registro, a faculdade, de contratar prepostos, com a finalidade de *desempenhar suas funções*.¹⁴

No entanto, na prática das grandes serventias, muitos delegatários interpretam esse artigo como uma autorização para os verdadeiros detentores da fé pública transmitir esse Poder aos prepostos.

Essa subdelegação pela transferência da “fé pública” é, ao nosso ver, ilegal e potencialmente inconstitucional, tendo em vista a possibilidade de representantes do delegatário, “*sponte própria*” declararem a autenticidade de fatos, negócios e atos que presenciam, conforme a idéia anteriormente transmitida pelo art. 364 do Código de Processo Civil anterior e não recepcionada pelo atual Código em seu art. 405.¹⁵

Encontra-se o equívoco da interpretação na divisão de funções atribuídas ao delegatário da serventia extrajudicial, a qual podemos arrolar em três momentos.

A primeira, principal e personalíssima função do Tabelião de Notas se dá pela imediação notarial¹⁶ na busca do convencimento da vontade real do interessado, a qual guarda íntima relação com a imediação feita pelo juiz na esfera judicial¹⁷ quando este está em busca da verdade dos fatos para que possa julgar um caso.

A segunda e também personalíssima função do Tabelião de Notas se dá pela decisão de qual ato lavrar após a manifestação de vontade das partes.

¹⁴ Art. 20 Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

¹⁵ KIKUNAGA, Marcus Vinicius, A facultatividade da ata notarial no processo de usucapião extrajudicial. In Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17. (Série Coleção Direito Privado em Debate) – São Paulo: Editora IASP, 2018, Tomo I, p. 347

¹⁶ Princípio típico do Direito Notarial que atribui ao Tabelião de Notas ouvir as partes e inquiri-las no sentido de averiguar se a vontade que está sendo exposta corresponde a real vontade do sujeito, bem como informar aos sujeitos de todas as consequências jurídicas, bem como os deveres assumidos e direitos adquiridos em razão daquele negócio jurídico que está prestes a ser lavrado.

¹⁷ Código de Processo Civil de 1973 - Art. 446. Compete ao juiz em especial:

I - dirigir os trabalhos da audiência;

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

Por fim, a terceira importante função do Tabelião de Notas se dá na prática efetiva do ato, *per si*, ou por representação de seu preposto. Entendemos que o art. 20 da Lei nº 8.935/94 só terá regência neste momento, no qual o delegatário terá a faculdade de autorizar a prática do ato a qualquer preposto.

Por esse aspecto não é possível admitir a imediação e autenticação da vontade nos negócios e atos jurídicos e a autenticação de fatos por quem não tenha fé pública.

Entendemos que a faculdade na contratação de prepostos, permitida pelo art. 20 da Lei 8.935/94, limita-se apenas à operacionalização ou à materialização do que foi percebido e constatado pessoalmente pelo Tabelião de Notas, e não como se pratica diuturnamente.

2.3.3. Quanto ao plano da eficácia

Na esteira da eficácia, a ata notarial pode ser classificada como um ato-fato jurídico, pelo qual não se prevê seus efeitos jurídicos, justificando-se pela lição de Kioitsi Chicuta quando afirma a ata notarial ter como objetivo a pré-constituição da prova.

3. DA FACULTATIVIDADE DA ATA NOTARIAL NO PROCESSO DE USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Sendo a ata notarial *stricto sensu* um instrumento de prova, notamos seu descompasso com o procedimento de reconhecimento de usucapião, na esfera extrajudicial, pela atribuição dada ao Oficial de Registro de Imóveis de reconhecer a presença dos pressupostos e requisitos da usucapião, a depender do conjunto probatório prenotado pelo advogado diretamente na serventia.

Ademais, o inciso I do art. 216-A da Lei 6.015/73 não exige de forma OBRIGATÓRIA a ata notarial, pressupondo sua FACULTATIVIDADE, pela redação condicional ao arrolar a ata, “CONFORME O CASO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS”

Se torna óbvio, no processo de usucapião extrajudicial, a facultatividade da ata notarial pela ausência da expressão OBRIGATÓRIA, ou INDISPENSÁVEL, mas, uma frase que induz a interpretação de mera FACULDADE do requerente, haja vista ser um instrumento inadequado para comprovar os pressupostos necessários para qualquer das modalidades de usucapião.

Por outro lado, vimos que a ata notarial *stricto sensu* tem eficácia probatória relativa de fatos presenciados pelo Tabelião de Notas, não sendo possível prosperar uma declaração de FATOS PRETÉRITOS.

3.1. Da impossibilidade do tabelião de notas atestar a posse

O conceito de posse encontra-se no artigo 1.196 do Código Civil¹⁸, do qual se deduz uma aparência de verdadeiro titular do bem, o qual é classificado pela doutrina como um verdadeiro Direito Real Aparente.

A aparência de titular de direito de propriedade se dá pela inexistência de subordinação ou vínculo de obediência com o verdadeiro titular, hipótese que somente pode ser provada com verdadeira análise de mérito, impossível de ser retratada por uma ata notarial ou até mesmo por uma escritura pública meramente declaratória.

Sendo o bem jurídico da atividade notarial, o poder da autenticação, corolário do exercício da fé pública notarial transferida ao delegatário da serventia extrajudicial¹⁹, adverte, sabiamente, o Desembargador Ricardo Dip, sobre o juízo da consciência antecedente aos notários, definida pelo aconselhamento sobre um ato não realizado, sendo um dos elementos da consciência moral, da qual é imprescindível o juízo de caráter prático de seus atos, na produção de efeitos benéficos ou maléficos ao requerente.²⁰

Esse dever, impõe ao Notário se abster de praticar atos que não produzam efeitos jurídicos, conforme indica o princípio da eficácia da atividade notarial e registral, expressa no art. 1º, da Lei 8.935/94.

Desse modo, se a POSSE é um fato, como o Tabelião de Notas teria condições técnico-jurídicas para identifica-lo, se lá no imóvel ele não reside, nem é vizinho?

Outrossim, a fé pública do Tabelião de Notas não confere a ele poder jurisdicional de RECONHECER UM FATO, mas tão somente autenticar a vontade e os fatos que ele presencia.

Se a fé pública notarial tivesse o poder de reconhecer um DIREITO, certamente as escrituras públicas de UNIÕES ESTÁVEIS seriam suficientes para outorgar ao companheiro o DIREITO DE ADJUDICAR BENS DO COMPANHEIRO FALECIDO, situação vedada expressamente pelo art. 18 da Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça²¹.

¹⁸ Código Civil - Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade

¹⁹ KIKUNAGA, Marcus Vinicius, Ata Notarial e seus benefícios na perpetuidade da prova. *In* Provas no novo CPC, 1ª ed. São Paulo : Instituto dos Advogados - IASP, 2007, p. 252

²⁰ DIP, Ricardo – Prudência Notarial – São Paulo: Quinta Editorial, 2012, p. 85-86

²¹ Resolução nº 35/2017 do Conselho Nacional de Justiça - Art. 18. O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável. (g.n)

Além disso, é importante ressaltar que recentemente, foi aprovado, no dia 24/07/2017, o Parecer no Recurso Administrativo nº 2017/00118884 pelo Corregedor Geral da Justiça, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, o qual ratifica a impossibilidade do Notário de RECONHECER DIREITOS decorrentes de um FATO²².

Na mesma linha de raciocínio impossível será ao Tabelião de Notas diferenciar a DETENÇÃO da POSSE, pressuposto fundamental da aquisição prescritiva.

3.2. Da impossibilidade do tabelião de notas atestar o tempo

Nota-se que a importância da ata notarial no procedimento de usucapião realmente é FACULTATIVA, tendo em vista que a ele será IMPOSSÍVEL também determinar o TEMPO DE POSSE, pela sua subjetividade.

Verifica-se que o tempo, como pressuposto de qualquer espécie de usucapião, é fundamental para se cogitar a aquisição originária.

Por isso, o interessado em qualquer usucapião deve, ao longo do tempo, guardar provas de sua ocorrência, como pagamentos realizados de tributos incidentes sobre o bem, investimentos em benfeitorias, faturas de concessionárias de serviço público de consumo de água, energia elétrica, gás natural, telefone fixo, processos que demonstrem o uso do bem entre outras provas.

Contraditório é Leonardo Brandelli, em afirmar que na “*ata notarial, o Notário não faz juízo de valor, mas apenas transcreve o que percebe por seus sentidos, de modo que deve ele narrar o que verificar e que possa colaborar para esclarecer sobre a qualidade e o tempo da posse existente por aquele que pretende usucapir certo bem imóvel. Em outras palavras, o notário, na ata notarial, limitar-se-á a narrar com fé pública o que puder verificar sobre a posse daquele que pretende usucapir. Não lhe cabe decidir a respeito.*”²³

Essa contradição se dá na impossibilidade de se emitir juízo de valor e ao mesmo tempo afirmar a possibilidade de narrar com fé pública sobre a qualidade e o tempo de posse existente, haja vista ser um fato pretérito e não presenciado.

²² A lavratura de escritura pública de união estável não passa por qualquer qualificação quanto ao conteúdo do ato, tratando-se apenas de formalização de declaração desse estado de fato. Não são verificados pelo Tabelião os impedimentos legais (art. 1.723, parágrafo Iº c.c. art. 1.521, ambos do Código Civil). O Tabelião se limita a checar a identidade dos declarantes e a transcrever as declarações por ele prestadas acerca da configuração de união estável, início do convívio marital e regime de bens adotado. (g.n.)

²³ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: De acordo com o novo código de processo civil – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 75

A contradição permanece ao arrematar que a decisão sobre o pedido de usucapião e a emissão de juízo de valor está nas mãos do Oficial Registrador, na análise do conjunto probatório juntado pelo advogado.²⁴

O pressuposto do tempo torna-se refém da documentação do momentos passados, excluindo da ata notarial sua função, tornando-a um instrumento vazio pela impossibilidade de cumprimento de seu bem jurídico, ou seja, impossível será, ao notário ATESTAR O TEMPO, quando lhe é vedado emitir juízo de valor nas atas notariais.

4. DO PRINCÍPIO DA EFICÁCIA DO DIREITO NOTARIAL

O princípio da eficácia tem como diretriz a materialidade do instituto jurídico, permitindo aos seus destinatários o pleno gozo de seus direitos como cidadãos.

Na leitura da estrutura jurídica da atividade notarial e registral, o art. 1º discorre sobre seus princípios jurídicos, sendo um deles a EFICÁCIA, o qual tem relação direta com o princípio da legalidade.

Na leitura desse princípio, a lei deve autorizar o ato ou proibi-lo, porém, na ausência de proibição expressa, o delegado da serventia notarial ou de registro deve interpretar o instituto levando em consideração todos os princípios e regras do sistema jurídico, principalmente seu bem jurídico.

Um exemplo de preocupação com a efetividade do direito está disposta no procedimento de inventário e partilha extrajudiciais, autorizados pela Lei nº 11.441/07, regulamentada pela Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007 do Conselho Nacional de Justiça.

Consoante a inteligência do artigo 3º da Resolução nº 35/07 do CNJ, fica evidente que a força da escritura pública equivale ao mandado judicial.²⁵

Dessa forma, na estruturação do sistema jurídico, o Brasil, como signatário do sistema do Notariado Latino, adotado em centenas de países, determina que os delegatários das serventias extrajudiciais, fundamentalmente, os Tabelião de Notas,

²⁴ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: De acordo com o novo código de processo civil – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76

²⁵ Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça - Art. 3º As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

sejam juristas, conselheiros independentes e imparciais, que outorgue autenticidade aos documentos, como instrumentos de garantia da segurança jurídica e da liberdade contratual.²⁶

Nos países de Notariado Latino, ou de origem romana, como nossa República, o sistema jurídico é caracterizado fundamentalmente pela busca da justiça preventiva.

Neste modelo de sistema jurídico, o Estado determina quais atos deverá intervir desde logo, por intermédio dos delegatários extrajudiciais, Tabeliães e Registradores, outorgando aos atos sua fé pública, presumindo veracidade a esses atos.

Dessa forma, ambas atividades, notarial e registral, têm como finalidade, auxiliar o Poder Judiciário, instrumentalizando atos consensuais que visam a efetividade do direito material civil fundamentalmente, enquanto se reserva aos ofícios de justiça, a instrumentalização da lide, visando o mesmo objetivo da paz social.

Nesse raciocínio, no plano da EFICÁCIA, o Tabelião de Notas não poderia lavrar uma ata notarial para fins de usucapião pela impossibilidade de produção de seus efeitos, haja vista, sua natureza jurídica ser de ATO-FATO JURÍDICO.

Conclusão essa, ratificada pelo Conselho Nacional de Justiça ao publicar o Provimento nº 65, de 14/12/2017, o qual expressa em seu art. 5º, parágrafo terceiro a obrigação do Tabelião informar de modo claro ao requerente que *a ata notarial não possui valor de confirmatório da existência dos PRESSUPOSTOS para a usucapião*.²⁷

5. DOS EMOLUMENTOS DA ATA NOTARIAL NO PROCESSO DE USUCAPIÃO

Serve-se como premissa, que a definição dos emolumentos da atividade extrajudicial se dá pelo valor destinado ao delegatário do custo total do ato que foi praticado na serventia, cuja finalidade é a manutenção do serviço (custo de aquisição de impressos de segurança, como livros, selos, etiquetas, papeis de certidão, aluguel ou aquisição de local de fácil acesso para instalação da serventia, todos os custos administrativos, como o consumo de energia elétrica, água e esgoto, informatização do acervo, contratação de prepostos etc.) e sua remuneração.

²⁶ O notariado do tipo latino teve seu conceito extraído do sítio do Colégio Notarial do Brasil: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=1>

²⁷ Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça – art. 5º (...) § 3º Finalizada a lavratura da ata notarial, o tabelião deve cientificar o requerente e consignar no ato que a ata notarial não tem valor como confirmação ou estabelecimento de propriedade, servindo apenas para a instrução de requerimento extrajudicial de usucapião para processamento perante o registrador de imóveis.

A Constituição Federal em seu art. 236, §2º determinou que apenas Lei Federal poderia dispor sobre a fixação de emolumentos, ou seja, a Lei 10.169/00 trouxe a previsão de diretrizes de fixação dos emolumentos, atribuindo a cada Estado regulamentar sua própria tabela.

Em relação à natureza jurídica dos emolumentos, destaca-se o precedente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 116.208-2-MG²⁸, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, de 8 de junho de 1990, que as custas e emolumentos têm a natureza de taxas, razão pela qual só poder ser fixados por lei, dado o princípio constitucional da reserva legal para a instituição ou aumento de tributo.

Assim, firmou-se na jurisprudência²⁹ do Supremo Tribunal Federal a orientação no sentido de que os emolumentos possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, ou seja, nas hipóteses de instituição e majoração, o regime jurídico aplicável tem como garantia a reserva de competência impositiva do tributo, cumprimento dos princípios da legalidade, isonomia e anterioridade.

Nesse passo, é imperioso observar que o bem jurídico tutelado pelos emolumentos cobrados pelas serventias notariais e de registro são a manutenção do serviço e a remuneração de seus titulares.

Sendo os emolumentos uma taxa remuneratória de um serviço público, ilegítimo é a fixação de sua forma de cobrança pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 26, inciso I, do Provimento nº 65/2017, ao determinar que a ata notarial será considerada ato de conteúdo econômico como se escritura pública fosse.³⁰

²⁸ Proc. STF-RE 116.208-2 (Estado de Minas vs. Áurea Maria Ameno), de 20.4.1990. Relator: Min. Moreira Alves. DJU de 8.6.90, dispondo a ementa: CUSTAS E EMOLUMENTOS. NATUREZA JURÍDICA. NECESSIDADE DE LEI PARA SUA INSTITUIÇÃO OU AUMENTO – Esta Corte já afirmou o entendimento, sob a vigência da Emenda Constitucional n. 1/69, de que as custas e os emolumentos têm natureza de taxas, razão por que só podem ser fixadas por lei, dado o princípio constitucional da reserva legal para a instituição ou aumento de tributo. Portanto, as normas dos artigos 702, I, g, e 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não foram recebidas pela Emenda Constitucional n. 1/69, o que implica dizer que estão revogadas. Recurso extraordinário conhecido e provido.

²⁹ STF – ADI 1.378-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.11.1995, Plenário, DJ de 30.05.1997. No mesmo sentido: ADI 3.826, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12.05.2010, Plenário, DJE de 20.08.2010.

³⁰ Conselho Nacional de Justiça - Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017 - Art. 26. Enquanto não for editada, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, legislação específica acerca da fixação de emolumentos para o procedimento da usucapião extrajudicial, serão adotadas as seguintes regras:

I – no tabelionato de notas, **a ata notarial será considerada ato de conteúdo econômico**, devendo-se tomar por base para a cobrança de emolumentos o valor venal do imóvel relativo ao último lançamento do imposto predial e territorial urbano ou ao imposto territorial rural ou, quando não estipulado, o valor de mercado aproximado; (g.n.)

Mesmo critério utilizado pelos Tabelionatos de Notas, conforme o Enunciado nº 08, aprovado no XX Congresso de Direito Notarial, realizado em 03/10/2015, cujo conteúdo afirma ter a ata notarial para fins de usucapião conteúdo econômico, ratificado pelo Enunciado nº 02 do Colégio Notarial de São Paulo sob a justificativa que a ata notarial para usucapião extrajudicial possui reflexo econômico e valor quantificável, representado pelo valor venal aplicável ou atribuído pelo possuidor ao bem imóvel, o que for maior, aplicando-se a Tabela 1 dos emolumentos notariais, previsto na Lei 11.331/2002.

Interessante notar, que não há nenhuma previsão legal para tal justificativa, haja vista a natureza jurídica da ata notarial no que tange seu plano da eficácia.

6. CONCLUSÃO

A opção do constituinte originário, em delegar a fé pública a um particular, demonstra a preocupação do Estado em não assumir uma função que exige destreza ímpar, de operacionalizar o direito material privado, além de tutelar a soberania, os princípios constitucionais fundamentais, sociais e tributários, responsabilizando-se objetivamente por seus atos, devido à importância da atividade que exerce.

É de se concluir, destarte, que a ata notarial, no processo de usucapião extrajudicial, foi totalmente alterada em sua estrutura, transmitindo ao usuário final uma falsa idéia de segurança e eficácia das declarações do Tabelião de Notas.

Permitir a propagação da idéia de obrigatoriedade da ata notarial no processo de usucapião extrajudicial é ato perverso daqueles que se comprometeram em outorgar segurança, eficácia, publicidade e autenticidade de seu atos.

Nesse passo, não se pode prosperar a permissão de se lavrar atos notariais que não garantem sua eficácia, por serem vazios e pela impossibilidade de se cumprir o seu mister.

A posse e o tempo são fatos impossíveis de serem captados por ata notarial e sua constatação se dará perante o Oficial de Registro de Imóveis que se convencerá de seu valor no curso de cada requerimento e conjunto probatório prenotados.

Admitir a cobrança da ata notarial como escritura pública demonstra um Estado que não respeita seus próprios princípios fundamentais, ao admitir a cobrança ilegal de emolumentos, ratificada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em suma, nos resta lutar para que a sociedade compreenda que a ata notarial tem muitas outras utilidades fora do processo de usucapião extrajudicial e inadmissível pensar que ela seja requisito de um Direito que somente o tempo provará.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BRANDELLI, Leonardo (coord). *Ata Notarial*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.
- _____. *Teoria Geral do Direito Notarial*. De acordo com a Lei nº 11.441/2007. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo código de processo civil* – São Paulo: Saraiva, 2016
- CAHALI, Francisco José et all. *Escrituras Públicas: Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais*. Análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. *Instituições de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Novo Registro Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Manual do Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988.
- _____. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONGRESSO NACIONAL. Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 3 de maio de 1989.
- DIP, Ricardo. *Prudência Notarial*. São Paulo: Quinta Editorial, [s.d.].
- _____. *A Constituinte e o Registro de Imóveis*. Subsídios para uma revisão institucional e orgânica do registro predial brasileiro. Palestra realizada na Associação dos Serventuários de Justiça do Estado de São Paulo, em abril de 1987.
- _____. *Registro de Imóveis: vários estudos*. Porto Alegre: IRIB/Sergio Antonio Fabris, 2005.
- _____. (coord.). *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: IRIB/Sergio Antonio Fabris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIORANELLI, Ademar. *Direito Registral Imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRINOVER, Ada Pelegriani et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelo Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KIKUNAGA, Marcus Vinicius, Ata Notarial e seus benefícios na perpetuidade da prova. *In* Provas no novo CPC, 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados - IASP, 2007

KIKUNAGA, Marcus Vinicius. A facultatividade da ata notarial no processo de usucapião extrajudicial. *In* CAMBLER, Everaldo Augusto; BATISTA, Alexandre Jamal; ALVES, André Corvelli (Coord.). Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17. (Série Coleção Direito Privado em Debate) – São Paulo: Editora IASP, 2018, Tomo I

KÜMPFEL, Vitor Frederico; KIKUNAGA, Marcus Vinicius. *Manual de Prática Imobiliária*. Inclui Prática Notarial e Registral. São Paulo: Lex Magister, 2010/2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. *A Instituição Notarial no Direito Comparado e no Direito Brasileiro*. Fortaleza: Casa de José de Alencar/UFC, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y Prático de Derecho Notarial*. V. 1. Buenos Aires: Depalma, 1980.

NETO, A. B. Cotrim. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

NÓBREGA, J. Flósculo. *Introdução ao Direito*. 5ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

- _____. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009.
- PEREIRA, Antonio Albergaria. *Minha Vivência no Notariado Paulista – de 1939 a 1989*. Bauru: Edipro, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de Notas* (Coleção cartórios/coord. Christiano Cassettari). São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III, tomo II. 4. ed. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.