

# **Invalidade de exercício direto pelo Estado dos Serviços Notariais e de Registros. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil.**

**Luís Roberto Barroso**

## **I. INTRODUÇÃO**

### **I.1. A consulta**

1. Trata-se de consulta formulada pela Associação de Registradores de Títulos e Documentos da Cidade do Rio de Janeiro, por seu ilustre Presidente, Dr. Durval Hale, acerca da constitucionalidade do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.02), bem como da possibilidade de atribuir-lhe interpretação constitucionalmente adequada, tendo em conta o regime dos serviços notariais e de registros previsto pela Constituição de 1988. Essa a dicção do artigo:

*"Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.*

*§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.*

*§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.*

*§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária."*

2. A consultante informa que a Presidência do DETRAN no Estado do Rio de Janeiro tem compreendido o dispositivo no seguinte sentido: não seria mais necessário o registro do instrumento de alienação fiduciária em garantia de veículos nos Registros de Títulos e Documentos, como determinado pela legislação até aqui em vigor<sup>1</sup>, bastando para constituir o gravame a anotação dessa informação no certificado expedido pelo órgão competente para o licenciamento<sup>2</sup>. A consultante informa ainda que o DETRAN/RJ e as instituições financeiras que celebram contratos de alienação fiduciária como forma de garantia em financiamentos para aquisição de veículos já estariam organizando um sistema pelo qual a própria instituição financeira manipularia o cadastro com tais informações.

3. O estudo solicitado será desenvolvido de acordo com o roteiro apresentado inicialmente, mas já se pode adiantar que o entendimento adotado pelo DETRAN/RJ acerca do § 1º, do art. 1.361, do novo Código Civil é inconstitucional. De toda forma, é possível, como se verá, atribuir ao dispositivo um sentido que o torna compatível com a Constituição.

### **I.2. Breve nota doutrinária**

4. O *poder constituinte originário* é a energia inicial que cria ou reconstrói o Estado, através de uma Constituição. Nas sociedades democráticas, esse poder, cuja natureza é essencialmente política, reside idealmente no povo. Consoante a doutrina convencional, trata-se de um poder que não é limitado pelo poder constituído, vale dizer: o poder constituinte originário não sofre qualquer subordinação por parte da ordem jurídica preexistente<sup>3</sup>. Como consequência, é livre para formular novas opções políticas ou doutrinárias, abandonando linhas de atuação precedentes, como também para manter a disciplina que anteriormente vigorava em relação a qualquer matéria.

5. Fruto do poder constituinte originário, a Constituição é dotada de superlegalidade, de supremacia jurídica em relação às demais normas que integram o sistema. A *supremacia constitucional* traduz-se em que nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - possa subsistir validamente se for incompatível com a Lei Maior. Para assegurar esta supremacia, a ordem jurídica provê um conjunto de mecanismos conhecidos como controle de constitucionalidade. No sistema eclético adotado no Brasil, esse controle poderá se dar por via incidental ou por via principal.

6. O controle por via principal ou por ação direta, como se sabe, é exercido concentradamente perante o Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, em postulação em tese, para a qual estão legitimados os órgãos e entidades contemplados no art. 103 da Constituição. Já o controle por via incidental é exercido, normalmente, na apreciação de casos concretos e no exercício regular da função judicial. O órgão judiciário ao qual incumbe aplicar a norma jurídica, constatando sua invalidade, não deverá fazê-la incidir sobre a questão que lhe cabe resolver. Se optar pela aplicação da lei inconstitucional, estará deixando de aplicar a Constituição. No Brasil prevalece, em sede doutrinária e jurisprudencial, a idéia de que os órgãos diretivos dos demais Poderes também possuem o poder-dever de deixar de aplicar normas que contravenham a Constituição<sup>5</sup>.

7. Por fim, há um último conceito a ser firmado, como base teórica para as idéias a serem a seguir desenvolvidas. Nos últimos anos, no Brasil, verificou-se um fenômeno que ocorreu na Alemanha logo após a 2ª Guerra Mundial: a paisagem da Constituição para o centro do sistema jurídico<sup>6</sup>. A sua supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica. A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno é denominado por alguns autores de *filtragem constitucional*, e consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição<sup>7</sup>. Desnecessário dizer que o intérprete não pode fazer suas escolhas fora das opções oferecidas pela Constituição, nem tampouco procurar frustrar sua efetivação por ter opções ideológicas ou doutrinárias diversas das que nela estão consignadas.

8. Estas as premissas teóricas sobre as quais se assenta o presente estudo. O poder constituinte originário não é limitado pela ordem jurídica preexistente e suas decisões políticas não podem ser validamente contestadas por opções ideológicas ou doutrinárias do intérprete ou do legislador infraconstitucional. A Constituição, documento que materializa a travessia entre o poder político e a ordem jurídica, é dotada de supremacia, sujeitando ao controle de constitucionalidade e à invalidação todos os atos normativos que a contrariem. O controle incidental de

constitucionalidade é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos diretivos dos três Poderes que, entre a alternativa de aplicar norma inconstitucional ou a Constituição, têm o poder-dever de optar pela Lei Maior. A interpretação dos dispositivos, conceitos e institutos de direito infraconstitucional subordinam-se aos valores, princípios e regras constitucionais, que deverão condicionar seu sentido e alcance.

## **II. OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO NÃO PODEM SER EXERCIDOS PELO ESTADO DIRETAMENTE**

### **II.1. As opções constitucionais em matéria de serviços públicos.**

9. Como parte da *pré-compreensão* do tema, cabe o registro sumário de algumas circunstâncias que influenciaram a definição do papel do Estado brasileiro, como prestador de serviços públicos e como agente econômico, por ocasião da elaboração da Constituição de 1988 e ao longo de seus quase quinze anos de vigência. Em primeiro lugar, o constituinte herdou uma concepção de Estado que havia ampliado sua atuação direta sobre a sociedade ao longo do século XX, quando diversas atividades econômicas foram transformadas em serviços públicos, por força de decisões político-normativas. Embora essa característica tenha se atenuado ao longo do tempo, ela certamente marca de forma nítida o texto original da Carta.

10. Em segundo lugar, na dialética própria dos textos que procuram acomodar inspirações políticas diversas, a Constituição consagrou a *livre iniciativa* como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, IV) e como princípio específico da ordem econômica (art. 170, *caput*). Livre iniciativa, conceito que traduz a presença apenas subsidiária do Estado, decompõe-se, do ponto de vista jurídico, em alguns elementos que lhe dão conteúdo, devidamente desdobrados no texto constitucional: *propriedade privada*, isto é, apropriação particular dos bens e dos meios de produção (arts. 5º, XXII e 170, II), *liberdade de empresa*, pela qual se assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei; *livre concorrência*, lastro para a regra geral da oferta e da procura, com liberdade de preços e de lucro (art. 170, IV); e *liberdade de contratar*, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

11. Por fim, em terceiro lugar, cabe consignar que o modelo de maior intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do Estado como protagonista do processo econômico. Além da simbologia radical da queda do muro de Berlim, a verdade inafastável é que mesmo em países de tradição social-participativa, com Reino Unido e França, houve uma inequívoca redefinição do papel do Estado<sup>8</sup>. O Estado brasileiro passou, ao longo da última década, por um conjunto amplo de transformações, muitas fundadas em emendas à Constituição, que visavam a reduzir a sua atuação direta, tanto na prestação direta de serviços públicos como na exploração de atividades econômicas, com ampliação de suas funções regulatórias e fiscalizatórias. Realizaram-se, assim, a reforma administrativa<sup>9</sup>, a reforma previdenciária<sup>10</sup> e, com especial destaque, as reformas econômicas<sup>11</sup>. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é sensível a crescente rejeição da sociedade brasileira a um modelo de Estado que chegou à quadra final do século XX densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção<sup>12</sup>.

12. A disciplina constitucional atribuída hoje aos serviços públicos reflete esse conjunto de influências. O Estado brasileiro continua a titularizar um rol importante de serviços, alguns inerentes à sua soberania - os chamados *serviços públicos inerentes*<sup>13</sup> - e outros que, na verdade, apresentam natureza de atividade econômica<sup>14</sup>, mas que a Constituição (ou mesmo a lei dentro de certos parâmetros que preservam a livre iniciativa) decide qualificar como serviços públicos - *serviços públicos por opção político-normativa*<sup>15</sup>. A conciliação de valores e interesses diversos, que envolvem a preservação do interesse público e do bem estar social, a eficiência e a otimização de recursos, dentre outros, levou a Constituição a instituir diferentes regimes de prestação dos serviços públicos. Estes regimes combinam, em intensidade variável, a participação do Poder Público e dos particulares, e podem ser sistematizados nas 4 (quatro) categorias abaixo:

(i) O primeiro regime é aquele em que apenas o Poder Público, com exclusividade, pode prestar determinados serviços, caso típico dos serviços públicos inerentes (como defesa nacional, diplomacia, segurança pública, prestação de jurisdição, atividade legislativa, dentre outros). Não se cogita, ao menos no estágio ideológico atual<sup>16</sup>, de particulares assumindo essa espécie de serviço.

(ii) A segunda possibilidade constitui a regra geral em matéria de serviços públicos, prevista no art. 175 da Constituição e reproduzida quando da previsão de vários serviços específicos<sup>18</sup>. Por este regime, o Estado pode explorar diretamente o serviço ou delegar sua execução aos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre através de licitação. A decisão a esse respeito estará na esfera infraconstitucional.

(iii) A terceira possibilidade prevista pela Constituição é a da prestação conjunta do serviço pelo Estado e pelos particulares. Nessa hipótese, porém, diversamente do que se passa com a regra geral do art. 175, a execução dos serviços pela iniciativa privada dependerá, no máximo, de uma licença - ato administrativo vinculado<sup>19</sup> - uma vez atendidas as exigências legais. É o caso dos serviços de educação (CF, art. 209)<sup>20</sup>, saúde (CF, art. 199)<sup>21</sup> e previdência (CF, art. 201 e seguintes)<sup>22</sup>. A própria Constituição delega aos particulares a prestação desses serviços e o legislador infraconstitucional não poderá obstruir essa faculdade.

(iv) O último regime constitucional acerca da prestação de serviços públicos é aquele em que a Constituição atribui ao particular, de forma direta, mediante concurso público, e com exclusão do Poder Público, o desempenho da atividade. É o que se passa com os serviços notariais e de registro, nos termos do art. 236 da Carta em vigor<sup>23</sup>.

13. A este último regime constitucional - que conferiu de forma direta e exclusiva aos particulares a prestação dos serviços notariais e de registros - é que se dedica o tópico seguinte.

### **II.2. O art. 236 da Constituição: delegação constitucional aos particulares. As exceções constitucionais ao regime privado.**

14. Como já registrado, o poder constituinte originário pode livremente modificar políticas públicas e alterar padrões de comportamento do Estado. Pois bem: isso foi o que a Carta de 1988 fez em relação ao regime de prestação dos serviços notariais e de registros. A Emenda Constitucional nº 7/77<sup>24</sup>, o chamado "Pacote de Abril", editada com base no Ato Institucional nº 5, de 13.12.68, após a decretação do recesso do Congresso Nacional, previa a oficialização das chamadas *serventias do foro judicial* e das *serventias extrajudiciais* - dentre as quais figuram as que prestam serviços notariais e de registros -, orientação que foi mantida pela Emenda nº 22/82<sup>25</sup>. O constituinte de 1988, no entanto, optou por abandonar essa política e instituiu de forma bastante clara um regime exclusivamente privado para tais serventias<sup>26</sup>. Isso é o que dispõe o art. 236 da Carta de 1988:

• **"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 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 registros 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".

15. A opção constitucional de impor um regime privado à prestação dos serviços notariais e de registro é sublinhada pela doutrina e pela jurisprudência. Celso Antônio Bandeira de Mello e Ovídio A. Baptista da Silva observaram essa mudança nos seguintes termos, respectivamente:

- "(a) que o título jurídico que investe os exercentes da atividade notarial e de registro é uma delegação efetuada pelo Poder Público;
- (b) que as sobreditas atividades estão expressamente qualificadas como exercitáveis em caráter privado por quem as titularize;
- (c) que a disciplina e responsabilidade dos exercentes de tal delegação será fixada em lei, assim como as normas gerais sobre os emolumentos concernentes aos atos relativos a estes serviços;
- (d) que o ingresso nas atividades notariais e de registro dependerá de concurso público, inadmitida vaga de serventia por mais de seis meses sem que se efetue concurso público ou de remoção para seu provimento; e
- (e) que a fiscalização de seus atos será efetuada pelo Poder Judiciário" <sup>27</sup> (grifos no original)
- "Seguindo a tendência geral que norteou o constituinte brasileiro de 1988, orientado para o que se convencionou chamar 'reforma do Estado', introduziu significativa transformação no regime jurídico do Notariado, dispondo em seu art. 236 que os serviços notariais seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público" <sup>28</sup>

16. Também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o regime privado de prestação de tais serviços, como se vê dos acórdãos abaixo transcritos:

- "6. Como ressaltado pelo Ministério Público Federal, às fls. 99, já houve oportunidade desta Corte desvendar o exato significado do disposto no caput do art. 236 da Constituição Federal, quando proclamou que, em verdade, esse preceito teve o intento de TOLHER a oficialização dos cartórios de notas e registros em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (RE nº 189.736-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 27.09.96).
- 7. Assim, é inconstitucional a norma do art. 34 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Espírito Santo, que promove a oficialização dos Cartórios de Notas e Registros. <sup>29</sup> (grifo no original)
- "Julgo, em suma, que o sentido da provisão constitucional foi o de tolher, sem nem mesmo reverter, a oficialização dos cartórios de notas e registros (art. 236 da parte permanente e art. 32 do ADCT) em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do mesmo ADCT" <sup>30</sup>

17. Aliás, interessantemente, a disputa que existe na mais alta Corte diz respeito aos efeitos que o regime privado da prestação do serviço deveria ter sobre o regime jurídico dos titulares de serventias de notas e registros. No recurso extraordinário nº 178.236-RJ, e.g., a maioria dos Ministros entendeu que o regime privado das serventias não impedia a aplicação aos seus titulares da aposentadoria por implemento de idade prevista constitucionalmente para os servidores públicos (art. 40, II). A minoria, no entanto, formada pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Francisco Rezek, registrou que o novo regime da prestação do serviço repercutia sim sobre a disciplina dos titulares das serventias. Vale conferir alguns trechos dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

- " A Carta de 1969 continha, a meu ver, uma disciplina toda própria sobre o tema. (...) Nota-se que a tônica, a regra era a oficialização dos cartórios, correndo à conta da exceção o caráter extrajudicial. Quanto a esta premissa, dúvidas não ocorrem.
- Pois bem, com a Carta de 1988, não houve a repetição dessa disciplina. Deu-se um tratamento todo próprio à questão. Mediante o preceito do artigo 236, previu-se que os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (...)
- (...) entendo que houve uma modificação substancial a obstaculizar o enquadramento dos notários dos cartórios de que cuida o artigo 236, como servidores públicos, e, portanto, como possíveis de virem a ser enquadrados no artigo 40, inciso II, da Constituição Federal.
- (...)
- Somente o misonéismo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar à conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contido no artigo 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação. <sup>31</sup>
- "O problema que está em casa é unicamente saber se o titular de ofício notarial ou de registro é servidor público para os efeitos do art. 40 da Constituição.
- Não tenho dúvida de que se trata de serviço público, e aí me dispense de outras considerações (...) Cuida-se sim de um serviço público, o que, porém, não resolve, por si só, o status do seu agente; nem todo serviço público é executado por servidor público, e o exemplo típico é o do serviço público prestado por delegação do Estado, como está no art. 236.
- (...)
- Não desconheço os testemunhos doutrinários nem a jurisprudência tão bem e precisamente resenhados no voto do Sr. Ministro Celso de Mello. Mas exatamente o apelo e a invocação dessa doutrina e dessa jurisprudência estabelecidas sobre regimes constitucionais anteriores é que, com todas as vênias, me convence de que a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de 'interpretação retrospectiva', recusando-se a ver que a Constituição mudou.
- O eminente Ministro Marco Aurélio, a meu ver, demonstrou com absoluta nitidez a gritante diferença entre o estabelecido, para ficar no nível constitucional, pela última Carta Constitucional, a de 1969, que dedicou os artigos 206 a 208 às serventias e o disposto no art. 236 e seus parágrafos da atual Constituição. <sup>32</sup>

18. Em outros julgados sobre temas semelhantes, o Supremo Tribunal Federal tem sempre registrado a circunstância de que, inequivocamente, o art. 236 da Constituição estabeleceu um regime privado de prestação dos serviços notariais e de registros, embora continue a entender aplicáveis, aos titulares das serventias, aspectos do regime jurídico dos servidores públicos. Confira-se:

- "Adicional por tempo de serviço: não sendo a vantagem prevista nem disciplinada na Constituição Federal, não a viola a lei estadual que manda computar para o seu cálculo o tempo em que o servidor fora serventuário contratado de cartório não oficializado: o regime privado da atividade notarial e de registro,

estabelecido pelo art. 236 da Lei Fundamental, não impede que o tempo de serviço nela cumprido seja tido por lei, como fato aquisitivo do direito ao adicional."<sup>33</sup>

• "Aposentadoria dos titulares das serventias de notas e registros. Aplicação a eles da aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, II, da Constituição Federal. Há pouco, o Plenário desta Corte, por maioria de votos, ao julgar o RE 178.236, relator o Sr. Ministro Octavio Gallotti, decidiu que os titulares das serventias de notas e registros estão sujeitos à aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, II, da Constituição Federal. Entendeu a maioria deste Tribunal, em síntese, que o sentido do artigo 236 da Carta Magna foi o de tolher, sem mesmo reverter, a oficialização dos cartórios de notas e registros, em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do ADCT; ademais, pelas características desses serviços (inclusive pelo pagamento por emolumentos que são taxas) e pelas exigências feitas pelo artigo 236 da Carta Magna (assim, o concurso público de provas e títulos para provimento e o concurso de remoção), os titulares dessas serventias são servidores públicos em sentido amplo, aplicando-se-lhes o preceito constitucional relativo à aposentadoria compulsória determinada pelo citado artigo 40, II, da Constituição Federal. Desta decisão não diverge o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido pela letra "c" do inciso III do artigo 102 da Constituição, mas não provido".<sup>34</sup>

19. O Superior Tribunal de Justiça também já examinou o tema, nos seguintes termos:

• "A regra maior indica que os serviços notariais e de registro são exercidos, efetivamente, sob o regime privado, embora por delegação do Poder Público, cláusula que indica, apenas que aquelas atividades, por sua própria natureza, constituem um conjunto de tarefas que deveriam ser fornecidas aos usuários por meio da Administração Pública, mas preferiu o legislador constituinte atribuí-las ao particular, que, todavia, se submete às rígidas diretrizes traçadas na legislação especial, conforme está escrito nos parágrafos da norma em comento".<sup>35</sup>

20. Cabe realçar que a diferença existente entre o *caput* do art. 236 e os arts. 175, 21, XI e XII, 25, § 2º, e 30, V, não é desimportante, antes pelo contrário. Todos esses dispositivos - o art. 175 ao fixar a regra geral em matéria de prestação de serviços públicos e os arts. 21, 25 e 30, ao tratarem dos serviços de competência, respectivamente, da União, dos Estados e dos Municípios -, registram que o Poder Público poderá prestar *diretamente ou mediante delegação* os serviços indicados. As duas opções colocadas à disposição do Poder Público são expressamente referidas em cada um dos artigos e incisos<sup>36</sup>. Por outro lado, o art. 236 não traz qualquer disposição semelhante, limitando-se a dizer que "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público". Também as disposições constitucionais que cuidam da saúde da previdência e da educação são expressas em prever a existência de uma atuação estatal em cada um desses setores e, ao lado dela, uma atuação privada livre (arts. 199, 202 e 209).

21. O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição<sup>37</sup>, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. Menos ainda se deverá considerar que a utilização ou não de determinado conjunto de palavras não produza, afinal, qualquer diferença no sentido das normas examinadas<sup>38</sup>. Assim, se o constituinte previa a alternativa "prestação direta pelo Poder Público" em todas as ocasiões em que tratou da execução de serviços públicos por particulares, a omissão deliberada a essa referência deve conduzir à conclusão de que, nessa hipótese, o constituinte decidiu não franquear a possibilidade de escolha ao Poder Público. Trata-se de um *silêncio eloquente*<sup>39</sup>, que tem um significado claro: o de que o próprio constituinte já decidiu que os serviços notariais e de registros devem ser prestados apenas por particulares.

22. Essa conclusão é reforçada pelo exame do sistema constitucional de forma mais geral. Estabelecida a regra do regime privado para os serviços notariais e de registro no art. 236, a própria Constituição cuidou de estabelecer as exceções cabíveis nos arts. 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No art. 31, criou disciplina específica para as serventias do foro judicial, que devem ser estatizadas, no mesmo sentido do movimento geral existente antes da Carta de 1988. No art. 32, o constituinte decidiu respeitar as situações já consolidadas, isto é, os serviços notariais e de registros que já houvessem sido oficializados pelo Poder Público. Nesses casos, manter-se-á a oficialização, não incidindo o art. 236. Vale transcrever a dicção dos dois dispositivos:

- "Art. 31. Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares".
- "Art. 32. 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."

23. Ora, se o constituinte preocupou-se em impedir expressamente a aplicação do regime privado imposto pelo art. 236 aos serviços notariais e de registro já oficializados e às serventias do foro judicial (na verdade uma hipótese de não incidência, e não propriamente uma exceção ao art. 236), parece certo que esse regime não configura uma opção do legislador infraconstitucional ou da autoridade administrativa, mas uma determinação constitucional. Se a lei pudesse definir, a seu juízo, quando os serviços notariais e de registros serão prestados sob regime privado e quando serão prestados diretamente pelo Poder Público pouco sentido e utilidade haveria nas disposições constitucionais que se acaba de destacar.

24. Aplicando as premissas acima desenvolvidas no caso concreto, é possível concluir, com margem de conforto, que a interpretação do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, que exclui dos cartórios de registros de títulos e documentos competências registrais e as atribui a um órgão ou entidade do Poder Público, é incompatível com a Constituição.

### **III. AS ATIVIDADES DE REGISTRO DEVEM SER FISCALIZADAS PELO PODER JUDICIÁRIO (CF, ART. 236, §1º). IMPOSSIBILIDADE DE SUA TRANSFERÊNCIA PARA ÓRGÃO SUJEITO À SUPERVISÃO DO EXECUTIVO.**

25. Afora o que já se expôs no tópico anterior, há uma outra inconstitucionalidade na interpretação do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, que entendo haver ele transferido para os órgãos ou entidades de licenciamento de veículos a competência para o registro da alienação fiduciária em garantia. Trata-se do que consta no § 1º do art. 236 da Constituição:

"§ 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".

26. Naturalmente que o fato de ser executado privadamente não retira do serviço notarial e de registros sua natureza de serviço público<sup>40</sup>. Com efeito, é pacífico que as funções próprias de tais serviços - atribuir fé pública a documentos, reconhecer e atribuir direitos etc. - têm natureza tipicamente pública. Os agentes privados que os

prestam, portanto, estão submetido a legislação própria <sup>41</sup> e serão permanentemente fiscalizados. Por expressa determinação constitucional essa fiscalização cabe ao Poder Judiciário, como consta do dispositivo que se acaba de transcrever. Para o Supremo Tribunal Federal, aliás, essa fiscalização abrange não apenas os atos notariais e de registro, mas também o funcionamento do serviço, como se vê do acórdão que segue transcrito:

*"Desse modo, a fiscalização pelo Poder Judiciário tem um conteúdo bastante amplo, não tendo o processo de emancipação que conduziu à autonomia em relação ao Poder Judiciário significado, por enquanto, a completa independência.*

*A regulamentação da fiscalização exercida pelo Poder Judiciário feita especialmente nos artigos 37 e 38 da Lei nº 8935/94 marca exatamente essa necessidade de controle de toda a atividade notarial e registral.*

*Embora o crescimento da autonomia dos serviços notariais e de registro tenha estabelecido uma nova equação na sua relação com o poder de controle dos órgãos judiciários, não houve extinção da fiscalização e da orientação.*

*Pelo contrário, a fiscalização e a orientação continuam necessárias para o controle de diversos atos praticados pelos notários e registradores, como por exemplo:*

*a) valor dos emolumentos cobrados das partes;*

*b) a verificação da qualidade do serviço prestado pela serventia;*

*c) verificação da necessidade de criação, extinção ou aglutinação de serviços;*

*d) a regularidade das atividades para preservação de eventual responsabilidade do poder público delegante por débitos trabalhistas, civis, previdenciários e fiscais do titular do serviço delegado.*

*Desse modo, a necessidade de fiscalização continua presente no novo sistema"<sup>42</sup>*

27. A Lei nº 8.935/94, que regulamentou a matéria, dispõe que a fiscalização judiciária será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos (art. 37, *caput*). A Lei destaca também que os serviços são exercidos com independência (art. 28) e que seu gerenciamento administrativo e financeiro é de única responsabilidade do prestador (art. 21).

28. Ou seja, por uma decisão política, o constituinte decidiu encarregar o Judiciário de supervisionar e fiscalizar os atos praticados pelos agentes que executam os serviços notariais e de registros, mesmo porque, historicamente, tais serviços sempre estiverem associados de alguma forma ao Judiciário <sup>43</sup>. Note-se que se trata aqui de fiscalização de natureza administrativa, e não da revisão judicial que o Judiciário, uma vez provocado, terá sempre competência para proceder (art. 5º, XXXV).

29. Se assim é, a transferência da execução de serviços notariais e de registro para um órgão que integra a estrutura do Poder Executivo ou para entidade sob sua supervisão cria um impasse insuperável no que diz respeito à separação e ao equilíbrio dos Poderes do Estado <sup>44</sup>. De acordo com o conhecimento convencional, cada Poder é dotado de independência orgânica - o que, dentre outros sentidos, assegura que nenhum deles pode sofrer ingerência de outro no que diz respeito à sua estrutura e funcionamento internos <sup>45</sup>. Ora, como poderá imiscuir-se o Judiciário na estrutura interna do Executivo para fiscalizar órgão ou entidade que se encontra sob a supervisão do Governador de Estado? E se o Judiciário não pode fazer isso, qual o sentido do art. 236, § 1º, da Constituição Federal, que expressamente lhe atribui a fiscalização dos atos praticados pelos agentes que prestam serviços notariais e os registros.

30. Não há necessidade de prosseguir na demonstração do que é por si evidente. Como se vê, a interpretação do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, que pretenda transferir para órgão ou entidade do Executivo serviço notarial ou de registro estará inviabilizando a norma constitucional que determina que tais atos sejam fiscalizados pelo Poder Judiciário. E, conseqüentemente, não poderá ser validamente adotada.

#### **IV. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 1.361, § 1º, DO NOVO CÓDIGO CIVIL.**

##### **IV.1. Algumas notas sobre o registro da alienação fiduciária de veículos. Registro e cadastro: diferenças.**

31. Até a entrada em vigor do novo Código Civil, a disciplina da alienação fiduciária de veículos, no ponto que aqui interessa, pode ser resumida da seguinte forma. Como toda alienação fiduciária, também a de veículos dependia do registro para aperfeiçoar-se. Lembra-se que a alienação fiduciária consubstancia verdadeiro direito real de garantia <sup>46</sup> e, como os demais direitos reais, também depende do registro próprio para tornar-se oponível *erga omnes*. O registro em questão, portanto, tem natureza constitutiva, como destaca o Ministro Moreira Alves em sua obra doutrinária sobre o assunto:

*"Com efeito, se a propriedade fiduciária (à semelhança do que se dá com a hipoteca) é inequivocamente um direito real, e se o direito real, por sua natureza, é oponível contra terceiros, atribuindo a seu titular a faculdade de seqüela, não é possível pretender-se a existência da propriedade fiduciária como direito real antes do registro que lhe outorga o atributo da oponibilidade erga omnes"<sup>47</sup>.*

32. Com efeito, a Lei nº 4.728, de 14.07.65 (Lei do Mercado de Capitais), modificada pelo Decreto-Lei nº 911, de 01.10.69, dispõe de forma geral que a prova da alienação fiduciária somente se faz por escrito e que seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros (art. 66, § 1º). Também o art. 129, § 5º, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.73), determina a obrigatoriedade de os contratos de compra e venda em prestações, de compra e venda com reserva de domínio, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária serem levados a registro no Registro de Títulos e Documentos para surtirem efeitos em relação a terceiros.

33. Afora essa regra geral, o mesmo artigo da Lei nº 4.728, de 14.07.65 - art. 66, § 10 - trazia ainda uma regra específica relativa à alienação fiduciária em garantia de veículos: esta deveria constar também - para fins probatórios - do Certificado de Registro de Veículo (CRV), expedido para todo veículo licenciado, nos termos do art. 121 do atual Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23/09/97 <sup>48</sup>). Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito e portarias dos Departamentos de Trânsito regulamentavam a anotação da alienação fiduciária no certificado de licenciamento do veículo. Aliás, desde a edição do Decreto-Lei nº 911, em 01.10.69, se exige a anotação da existência de alienação fiduciária em garantia no Certificado de Registro expedido pela autoridade de trânsito competente.

34. Ou seja: a alienação fiduciária de veículos, como qualquer alienação fiduciária, exigia - e exige hoje - o registro para aperfeiçoar-se e ser oponível a terceiros, como se passa com os direitos reais em geral. Além do registro, a legislação também previa a anotação do mesmo dado no certificado do veículo, expedido pelo órgão competente para proceder ao licenciamento. Em suma: até a entrada em vigor do novo Código Civil, as duas providências deveriam ser tomadas: o registro nos cartórios responsáveis pelos serviços notariais e de registro,

constitutivo do próprio direito, e, em seguida, a anotação pelo órgão ou entidade do Executivo responsável pelo cadastramento de veículos.

35. O quadro normativo que se acaba de descrever justifica uma nota sobre a distinção que há entre *registro* e *cadastro*<sup>49</sup>. Embora muitas vezes se empregue o termo *registro* sem maiores cuidados técnicos, o fato é que ele descreve um ato formal ao qual o ordenamento atribui uma série de efeitos específicos. De fato, pelo registro se confere substância jurídica a um fato ou ato, o que pode significar atribuir ou reconhecer direitos, dar-lhes oponibilidade geral, etc. Assim, por exemplo, a propriedade imóvel transfere-se pelo registro<sup>50</sup>, os direitos reais constituem-se e são oponíveis contra os terceiros apenas após o registro<sup>51</sup>, a promessa de compra e venda de imóvel registrada produz determinados efeitos que não são reconhecidos àquelas não levadas a registro.<sup>52</sup>

36. Isso não impede, naturalmente, que as autoridades administrativas organizem bancos de dados ou *cadastros* para facilitar o desempenho de suas atividades. A maior parte dos Municípios do país dispõe de um cadastro das propriedades imóveis localizadas em seu território, contendo informações úteis para a cobrança do imposto predial e territorial urbano. Isso não significa, por óbvio, que a inscrição no cadastro atribua o direito de propriedade a quem quer que seja; é freqüente, aliás, que os dados constantes do cadastro municipal estejam equivocados. O parâmetro de correção, como se sabe, é o que consta do registro geral do imóvel: o interessado deverá encaminhar cópia da certidão do registro à administração municipal para que esta corrija as informações de seu cadastro de acordo com o que consta no registro<sup>53</sup>.

37. O mesmo se passa com o registro da alienação fiduciária de veículos nos cartórios de títulos e documentos - que constitui o direito - e a anotação desse gravame no certificado do veículo expedido pela autoridade de trânsito<sup>54</sup>. Essa anotação, por certo, facilita o trabalho do Departamento de Trânsito, confere maior publicidade à existência da alienação fiduciária e agiliza as relações ao setor. A exigência da anotação cadastral é, sem dúvida, uma política pública válida; ela, entretanto, de forma alguma afasta a necessidade do registro. Ao contrário: a anotação só existe porque a alienação fiduciária foi validamente constituída, por meio do registro. O ponto não é controvertido, como se vê, dentre outras, das observações formuladas em sede doutrinária pelo Ministro Moreira Alves e pelo ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décio Antônio Erpen, respectivamente:

*"[E]ssa averbação, que constará do certificado de registro a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito, não substitui, tornando-o desnecessário, o arquivamento do contrato de alienação fiduciária em garantia no Registro de Títulos e Documentos. Este tem eficácia - segundo nosso entendimento - constitutiva do direito real, que é a propriedade fiduciária; aquele se destina a fins probatórios, facilitando o conhecimento da alienação fiduciária a terceiros".*<sup>55</sup>

*"Indiferente o registro junto à autoridade administrativa, porquanto tal diligência tem a única função de regularizar a situação do novo proprietário frente à Administração Pública.(...)"*

*Somente através do Ofício de Títulos e Documentos é que se alcança a plena publicidade, essa capaz de gerar os efeitos erga omnes".*<sup>56</sup>

38. Essa também a posição da jurisprudência, como se vê das transcrições abaixo. Em interessante acórdão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a inexistência da informação sobre a alienação fiduciária no certificado de propriedade expedido pelo DETRAN não gera responsabilidade civil do Estado, pois apenas o registro no cartório competente forneceria ao interessado a comprovação absoluta da existência ou não do gravame. Vale conferir trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do feito:

*"Não se pode transferir para o Estado o ressarcimento do prejuízo, conferindo-se ao certificado de registro de veículo o efeito de comprovante absoluto da existência, ou não, de ônus, e dispensando-se o adquirente de diligenciar, a respeito, no cartório competente, quanto à legitimidade do título do vendedor".*<sup>57</sup>

39. Nesse mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado:

*"Interpreto que as exigências postas nos arts. 127 e 129 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 31.12.73) visam impor segurança às relações jurídicas. Penso que deve ser homenageada a exigência feita pelo DETRAN de que os Certificados de Registros de Veículos, onde consta a cláusula de alienação fiduciária, só possam ser emitidos depois de os contratos se encontrarem registrados no Registro de Títulos e Documentos. Desse modo, a segurança jurídica fica devidamente consolidada e a circulação dos veículos automotores passa a atuar sob uma fiscalização maior."*<sup>58</sup>

40. Em suma, até a edição do novo Código Civil, e na verdade há várias décadas, sempre conviveram sem problemas o registro constitutivo da alienação fiduciária de veículos e a anotação cadastral promovida pelos Departamentos de Trânsito. Aparentemente, a interpretação que o DETRAN /RJ vem extraindo do art. 1.361, § 1º, novo Código Civil levaria a uma alteração desse quadro, a anotação cadastral passaria a funcionar cumulativamente como registro constitutivo e o registro nos Cartórios de Títulos e Documentos seria dispensado.

41. Como já se viu nos tópicos anteriores, há pelo menos duas razões que infirmam a validade da pretendida interpretação do dispositivo aqui estudado do novo Código Civil por torná-lo incompatível com a Constituição de 1988. Sem prejuízo de outros questionamentos de natureza constitucional que possam ser feitos, à vista da estrutura e dos procedimentos que os Departamentos de Trânsito venham a adotar para organizar esse sistema de registro/cadastro. A consulente informa, por exemplo, que no modelo que se planejará implementar no Rio de Janeiro, as próprias instituições financeiras - partes no contrato de alienação fiduciária - seriam as responsáveis pelo banco de dados e pelo registro do gravame, sem a participação do consumidor ou o controle de um órgão externo.

42. De toda sorte, a conclusão a que se pode chegar, pelos argumentos expostos, é a de que a interpretação que se vem atribuindo ao art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, tem por conseqüência a inconstitucionalidade do dispositivo. Indaga a consulente, por derradeiro, se seria possível interpretar o dispositivo de uma forma diversa, capaz de torná-lo compatível com a Constituição. A resposta é afirmativa, como se verá no tópico seguinte.

#### **IV.2. O novo Código Civil não pode suprimir o registro da alienação fiduciária nos cartórios de títulos e documentos, mas poderia prever uma providência adicional junto ao órgão de licenciamento.**

43. As inconstitucionalidades em que uma primeira leitura do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil incorre, apontadas nas partes anteriores deste estudo, podem ser contornadas pelo emprego da técnica interpretativa conhecida como *interpretação conforme a Constituição*, que consiste em buscar, para um determinado dispositivo infraconstitucional, uma interpretação plausível e alternativa, apta a compatibilizá-lo com a Lei Maior. Vejam-se a seguir, com a brevidade indispensável, os fundamentos dessa doutrina.<sup>59</sup>

44. A interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e sobretudo o seu desenvolvimento recente

ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. Este princípio interpretativo comporta sutilezas que se escondem por trás da designação truística. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outra que o texto comportaria. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que a compatibilize com o texto constitucional, ainda que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É ainda de sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Carta Política. À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes:

1) trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita;

2) tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto;

3) além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição;

4) por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas também um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura de norma legal.

45. Escrevendo sobre o tema, averbou o professor português Jorge Miranda:

*"A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme a Constituição, quanto em discernir no limite - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental."*<sup>60</sup>

46. O princípio tem sido frequentemente invocado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADIn 581-DF, tendo por objeto a Lei nº 8.215/91, a Corte admitiu a constitucionalidade da lei, desde que se lhe emprestasse interpretação harmônica com uma série de premissas que enunciou expressamente. Do voto do Ministro Celso de Mello extrai-se a seguinte e expressiva passagem:

*"A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado."*

*Em suma: o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução do texto, o controle de sua constitucionalidade."*<sup>61</sup>

47. Ora, a leitura mais evidente do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, realmente levaria o intérprete a concluir que a norma pretendeu atribuir serviços notariais e de registros a entidade ou órgão integrante do Poder Executivo, violando assim o art. 236, *caput* e § 1º, da Constituição Federal. Entretanto é possível compreender o dispositivo de outra forma. É possível entender que a norma, afora o registro necessário a toda e qualquer alienação fiduciária, cuidou de adicionar, no caso de veículos, a necessidade da anotação na repartição de controle de trânsito, consolidando, no novo Código Civil, a disciplina já existente, mas que decorria de um conjunto de normas esparsas. Ou seja: ao invés de a norma civil afastar a necessidade de registro no caso de veículos, o dispositivo passou a exigir, além do registro, a anotação do gravame junto ao DETRAN<sup>62</sup>.

## V. CONCLUSÃO

48. De todo o exposto, é possível compendiar as principais idéias desenvolvidas nas proposições objetivas abaixo:

I. O art. 236 da Constituição Federal determina que os serviços de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Como consequência inafastável, não podem ser exercidos pelo Estado, quer diretamente por órgão integrante da sua estrutura, quer indiretamente, através de autarquia.

II. Essa linha de entendimento é inequivocamente chancelada pela interpretação sistemática do texto constitucional, tanto no que diz respeito às normas que disciplinam os diferentes regimes de execução de serviços públicos (arts. 175, 21, 25 e 30), como àquelas que, com o art. 236, formam o sistema de regência das serventias judiciais e extrajudiciais (arts. 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

III. O art. 236, § 1º, da Constituição, prevê que as atividades de registro serão fiscalizadas pelo Poder Judiciário. A transferência de sua execução a "repartição competente para o licenciamento" desloca a matéria para entidade sujeita à supervisão do Poder Executivo, o que inviabiliza a fiscalização da atividade pelo Judiciário, sob pena de afronta à separação de Poderes.

IV. A interpretação que se deve atribuir ao art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil, para preservá-lo da declaração de inconstitucionalidade, é a que dele extrai a determinação, no caso da alienação fiduciária em garantia de veículos, de uma providência adicional, distinta do indispensável registro nos Cartórios de Títulos e Documentos, a saber: a anotação junto ao órgão de licenciamento de veículos.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 2003.

Lúis Roberto Barroso

## Notas

**1** Lei nº **4.728/65**: "Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

**§1º** A alienação fiduciária somente se prova por escrito a seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterá, além de outros dados, os seguintes:"

**2** Na verdade, transbordando do que dispõe o § 1º, do art. 1.361 do novo Código Civil, a Portaria PRES-DETRAN/RJ nº 3044, publicada em 29.01.03, considera dispensável o registro não só nos casos de alienação

fiduciária, como também nos de reserva de domínio, arrendamento mercantil e quaisquer outros gravames.

**3** Nada obstante, a moderna doutrina constitucional recusa-lhe a qualificação de poder limitado, por entender que ele deverá respeitar certos atos internacionais, bem como preservar determinados valores universais incorporados ao patrimônio da humanidade. A discussão, embora instigante, não é de relevo para a hipótese aqui cogitada.

**4** No caso de lei ou ato normativo estadual ou municipal, cabe representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado, como decorre do art. 125, § 2º da Constituição.

**5** Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar o seu cumprimento, inclusive negando aplicação à lei inconstitucional. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o Legislativo, ao pautar a sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo - ou os outros Poderes, quando exerçam função materialmente administrativa - submete-se, na atuação dos seus órgãos, aos mesmos mandamentos e fins. A legitimidade da não aplicação de lei inconstitucional pelos órgãos diretos de qualquer Poder, independentemente de prévio pronunciamento judicial, constituía entendimento pacífico no regime constitucional precedente (Luís Roberto Barroso, *"Norma incompatível com a Constituição. Não aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. Legitimidade"*, RDA 181-2/387), mas chegou a ser questionada sob a Constituição de 1988, ao menos em relação ao Poder Executivo, devido ao fato de que o Presidente da República e o Governador de Estado passaram a ter direito de propositura de ação direta (CF, art. 103, I e V). Prevaleceu, todavia, o entendimento anterior, por dois fundamentos: o da supremacia constitucional, já que aplicar lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição; e o de que se até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, com muito mais razão deve podê-lo o órgão diretivo de um Poder. Não há pronunciamento específico do STF sobre o tema, após a Constituição de 1988 (anteriormente, v. RTJ 95/508, Rep. 980-SP, Rel. Min. Moreira Alves), mas há no STJ: DJ 08.08.93, REsp 23.221/92, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. *"Lei inconstitucional - Poder Executivo - Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional"*. Repita-se, ainda uma vez, o que ninguém discute: a tese vale para qualquer dos Poderes no desempenho de competência materialmente administrativa.

**6** De onde foi progressivamente deslocado o Código Civil e os diversos microssistemas que se formaram no âmbito das relações privadas (consumidor, criança e adolescente, locações, divórcio, alimentos). V. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6; *"O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional"*.

**7** Fenômenos doutrinários importantes, como a denominada *constitucionalização do direito civil*, bem como é de outros ramos do direito infraconstitucional, não designam, propriamente, a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, na verdade, a releitura ou reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, in Gustavo Tepedino (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001; Luiz Edson Fachin (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1998; Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional*, Revista de Direito Civil 65/21 e Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002.

**8** V. Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, p. 4. *"Na Inglaterra a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. (...) O processo francês de privatização teve como uma de suas grandes preocupações democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador particular influir na condução dos negócios do país. (...) Tinha-se em mente, também, dar vida ao setor privado como força motriz do crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo"*.

**9** Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98.

**10** Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98.

**11** As reformas econômicas brasileiras levadas a efeito ao longo da década de 90 envolveram três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem, e que podem ser assim sistematizadas: a) *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro* (Emendas Constitucionais nºs 6, de 15.08.95; 7, de 15.08.95 e 36, de 28.05.02), modificando o regime jurídico de temas relevantes como pesquisa e lavra de recursos minerais, aproveitamento de potenciais de energia elétrica, navegação de cabotagem e propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão; b) *flexibilização dos monopólios estatais* (Emendas Constitucionais nºs 5, de 15.08.95, 8, de 15.08.96; e 9, de 09.11.95), em serviços públicos como gás canalizado e telecomunicações e em atividades econômicas tidas como estratégicas, como pesquisa e lavra de petróleo; e c) *desestatização* (Lei 8.031, de 12.04.90 modificada pela Lei 9.491, de 09.09.97) levada a efeito por mecanismo como a (i) alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais e a (ii) transferência da execução de serviços públicos para o setor privado.

**12** Para um aprofundamento do tema, v. Luís Roberto Barroso, *"Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática"*, in *Temas de direito constitucional*, tomo II, 2002, p. 271 e ss; *"A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos"*.

**13** Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 295: *"Serviços Públicos propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados"*.

**14** Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 295: *"Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que, ao lado do oficial existe o particular, sendo aquele um serviço público e este não. O que prevalece é a vontade soberana do Estado,*

qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes. Daí a gama infundável de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com o Estado e particulares e ora unicamente com particulares. Essa distribuição de serviços não é arbitrária (...)"

**15** Miguel Reale, *Temas de direito positivo*, 1992, p. 136: "No fundo, serviço público é aquele que, em cada conjuntura, a lei configura como tal, razão pela qual só subsistem, a respeito, definições genéricas". É interessante notar que o espectro dessas tarefas invocadas pelo Estado teve grande variação ao longo do tempo. Sob esse prisma, podem ser observadas três fases bem nítidas, desde o início deste século: a *pré-modernidade*, em que o Estado possuía funções reduzidas confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais, a *modernidade*, época em que o Estado assume diretamente diversos papéis econômicos e a *pós-modernidade*, onde prepondera o discurso da flexibilização, privatização e maior atuação das organizações não-governamentais. V. Norbert Reich, *Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)*, Revista de Direito Público nº 94, p. 265 e ss. Para uma discussão mais aprofundada sobre serviços públicos, sua conceituação, modalidades a relação com o princípio da livre iniciativa, confira-se Luis Roberto Barroso. *Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade de atuação da iniciativa privada* in *Temas de direito constitucional*. Tomo II, 2002, p. 145 e ss.

**16** Na verdade, a noção de serviço público não é estável nem precisa, de modo que nem sempre é fácil distingui-lo, do ponto de vista material, de uma atividade econômica pura. A moderna doutrina reconhece que seus contornos variam em função do tempo e do espaço, flutuando "ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico" (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, 1993, p. 294 e Fernando Herren Aguillar, *Controle social de serviços públicos*, 1999, p. 112-7).

**17** CF/88: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

**18** CF/88: "Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...)"

"Art. 25. (...)

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado (...)"

"Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial".

**19** Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 170: "Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades (...)". A Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394, de 20.12.96), estabelece as normas a que estão submetidas as instituições de ensino privadas. A Lei nº 6.435, de 20.07.77, dispõe sobre a necessidade de "prévia autorização" do Governo Federal para o funcionamento de entidades de previdência privada, embora o termo técnico devesse ser licença, e não autorização. A Lei nº 8.080, de 19.09.90, da mesma forma, cuida das normas aplicáveis aos serviços privados de assistência à saúde.

**20** "Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições".

(...)

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público".

**21** "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

**22** "Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar."

**23** "Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

**24** A emenda alterou o art. 206 da Carta de 1967/69 para conferir-lhe a seguinte redação:

"Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.

§ 1º Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.

§ 2º Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos."

**25** A nova emenda alterou novamente o texto constitucional nos seguintes dispositivos: "Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, sendo providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério de nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e de foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983."

**26** Walter Ceneviva, *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei nº 8.935, de 18-11-94)*, 1996, p. 20/28: "Houve, antes da edição da lei, uma tendência para oficialização de tabelionatos e cartórios de registros, que encontrou eco na mídia e na OAB, não sendo, porém, acolhida na constituinte. Norma constitucional expressa apontou para rumo oposto, repercutindo na lei ordinária, cujo art. 50 confirma o caráter privado, ao dispor que na vacância, os serviços notariais e de registro estatizados passarão automaticamente ao regime desta lei. (...) A profissionalidade se liga ao caráter privado e à remuneração paga pelos interessados."

**27** Celso Antônio Bandeira de Mello, *A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registro e para delegação para provimento desses serviços*, in Revista de Direito Imobiliário nº 47, p. 197 e 198.

**28** Ovídio A. Baptista da Silva, *O notariado brasileiro perante a Constituição Federal*, in Revista de Direito Imobiliário nº 48, p. 81. Frise-se que, embora no fragmento transcrito só se tenha feito menção aos serviços notariais, não há dúvidas de que o raciocínio é extensível também aos serviços de registro, visto que ambos recebem o mesmo tratamento do sistema constitucional.

**29** STF, ADIn 417-ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 08.05.98.

**30** STF, RE 178.236-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 162, p. 779. Trecho do voto do Ministro Octavio Gallotti.

**31** STF, RE 178.236-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 162, p. 784/786. Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio.

**32** STF, RE 178.236-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 162, p. 784/786. Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

**33** STF, RE 245.171/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.00.

**34** STF, RE 189.736, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.09.96.

**35** STJ, RESP 135.926-MG, Rel. Min. William Patterson, DJ 05.06.00.

**36** "Art. 21, *Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres."*

"Art. 26. (...) § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação."

"Art. 30. *Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial."*

**37** Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 1987, p. 140.

**38** Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 130 e 131.

**39** Sobre a referida expressão de origem germânica, v. Karl Larenz, *Metodologia de ciência do direito*, 1969, p. 436. Vejam-se, também: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade - aspectos jurídicos e políticos*, 1990, pp. 318-9. Na jurisprudência, v. STF, RE 130.555-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/965.

**40** Gustavo Binbenbajm, *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes - Controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis*, in Livro de teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, p. 219: "A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas". No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, 2003; Luís Roberto Barroso, "Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática", in *Temas de direito constitucional*, tomo II, 2002, p. 281-2.

**41** A Lei nº 8.935/94 regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

**42** STF, RE 255.124-RS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.11.02.

**43** Ovídio A. Baptista da Silva, *O notariado brasileiro perante a Constituição Federal*, in Revista de Direito Imobiliário nº 48, p. 81.

**44** CF, art. 2º.

**45** Confira-se, por todos, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 113: "A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribuiu a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder". (grifo no original).

O Supremo Tribunal Federal já declarou, em várias ocasiões, a inconstitucionalidade de normas que produziam a intromissão de um Poder no funcionamento próprio de outro. Confirmam-se: "inconstitucional a norma de Constituição estadual que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretária de Estado à Assembleia Legislativa, porque ofensiva ao princípio da independência a harmonia dos Poderes" (RDA 206/228); "A criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça, integrado por membros da magistratura estadual, autoridades pertencentes aos outros Poderes, advogados e representantes de cartórios de notas e de registro e de serventuários da Justiça, e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e §§ e 168 da Carta Magna)" (ADIn 1.056-5-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJU 3.10.97); e "É inconstitucional lei que fixa prazo para o Executivo estadual encaminhar projeto de lei sobre política salarial dos servidores à Assembleia Legislativa, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes. O Legislativo não pode assinar prazo para que outro Poder exerça prerrogativa que lhe é própria". (ADIn 546-RS, Rel. Min. Moreira Alves, Inf. STF 141/2).

**46** Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 4, 2000, p. 479-80: "A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou de um bem imóvel, como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida. (...) Trata-se, portanto, de um negócio jurídico uno, embora composto de duas relações jurídicas: uma obrigacional, que se expressa no débito contraído, e outra real, representada pela garantia, que é um ato de alienação temporária ou transitória, uma vez que o fiduciário recebe o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida."

**47** José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, 1967, p. 71. V. também Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. IV, 1995, p. 304; e Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 4, 2000, p. 484.

**48** Dispositivo equivalente ao art. 52 do anterior Código Nacional de Trânsito.

**49** Tabosa de Almeida, *O cadastro e o registro imobiliário no Brasil*, Revista de Direito Imobiliário nº 9, 1982, p. 41: "No Brasil, como noutros países, o Registro Imobiliário propriamente dito cuida da realidade jurídica, enquanto o objetivo do Cadastro Imobiliário é precipuamente o da arrecadação de tributos prediais ou territoriais, para o que se torna necessário refletir a realidade física dos imóveis. (...)." Nessa linha são as conclusões do IV Congresso Internacional de Direito Registral, expostas na Revista de Direito Imobiliário nº 8, p. 145 e ss.

**50** Novo Código Civil: "Art. 1.245. *Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.*

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

§ 2º *Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."*

**51** Novo Código Civil: "Art. 1.227. *Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código".*

**52** Novo Código Civil: "Art. 1.417. *Mediante promessas de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel".*

**53** Tabosa de Almeida, *O cadastro e o regime imobiliário no Brasil*, Revista de Direito Imobiliário nº 9, 1982, p. 44.

**54** Na verdade, também o "registro", previsto de forma geral para todos os veículos no art. 120 do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503/97), tem natureza de cadastro. O conjunto desses "registros" é que forma afinal o cadastro do RENAVAL (art. 122); além disso, novos Certificados de Registro de Veículo devem ser expedidos em decorrência de circunstâncias que nada têm a ver com a atribuição de propriedade do veículo, como a alteração de suas características ou a mudança de categoria (art. 124).

**55** José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, 1987, p. 74.

**56** Décio Antônio Erpen, *Publicidade pelo registro, como condição de eficácia nos contratos de compra e venda de automóvel*, AJURIS nº 25, p. 150, Joaquim de Seabra Lopes denomina as atividades típicas das serventias extrajudiciais de "registro de segurança jurídica", alertando que "é preciso, todavia, não confundir o que poderíamos chamar de registros de segurança jurídica com registros administrativos, que também são destinados à informação do público, como é, por exemplo, o caso do registro de eleitores" (*Direito dos Registros e do Notariado*, 2002, p. 11).

**57** STF, RE 159.925-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 24.09.99.

**58** STJ, RESP 140.873-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 29.10.97.

**59** Sobre o tema, vejam-se, em meio a outros trabalhos, Konrad Hesse, *La interpretación constitucional, in Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95 e ss., J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 236; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1, p. 351 e ss. e Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 174 e ss..

**60** Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo II, 1983, p. 233.

**61** RTJ 144/146, p. 154. O STF adota correntemente a interpretação conforme a Constituição para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto. Confira-se: RT-CDC e CP 1/314, 1992; RTJ 139/624; RTJ 144/146.

**62** Em linha semelhante é a sugestão de Joel Dias Figueira Jr., *Novo Código Civil comentado*, 2002, p. 1198 e ss., ao comentar o art. 1.361.

**O autor:** Luís Roberto Barroso é Professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.