

O DIREITO REGISTRAL DOS CONTRATOS

Frederico Henrique Viegas de Lima

No Brasil, o direito registral ou registrário como ramo da Ciência do Direito e como dogmática jurídica ainda é incipiente, não estando totalmente definida, cristalizada e aprofundada. Portanto, do ponto de vista doutrinário não podemos falar na existência de um direito registral dos contratos. Contudo, isto não leva desde logo à conclusão de que na tarefa registrária não encontremos a necessidade de um controle do conteúdo dos contratos, sobretudo daqueles que desde logo podemos denominar de modernos.

Modernamente, a atividade registrária sistematizada desenvolve-se a partir de alguns marcos legislativos de importância que, cronologicamente podemos indicar: a Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), o artigo 236 da Constituição da República e a Lei n. 9.835/94 (Lei dos Notários e Registradores).

Doutrinariamente ainda não temos clássicos como Jerônimo Gonzales, Roca Sastre, Chico y Ortiz e Lacruz Berdejo na Espanha ou Catarino Nunes em Portugal. Contudo, a tarefa doutrinária exercida no país por Serpa Lopes, Afrânio de Carvalho e Walter Ceneviva, fazem com que já se possa idealizar um sistema registrário nacional que cobre do registrador uma tarefa importante ao qualificar os contratos que quotidianamente lhes são levados à registro não somente levando em consideração os seus elementos extrínsecos, mas, principalmente tendo em consideração o seu conteúdo.

Sendo assim, podemos visualizar, desde logo, a tarefa registrária intimamente relacionada com três modalidades contratuais da atualidade: os contratos de consumo, as garantias reais transnacionais no âmbito do mercosul – que denominamos ameripoteka – e os contratos ou documentos eletrônicos, conseguidos através da rede ou internet.

Os contratos de consumo, surgidos a partir da massificação das contratações onde em um dos pólos podemos visualizar uma parte hiposuficiente e de outro o fornecedor de um produto ou serviço, passou a ter uma importância na sociedade brasileira moderna principalmente a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor no início da década de 90. Nestes, o direito registrário deve sempre ser inserido tendo em vista que é dever do registrador realizar o controle das cláusulas gerais de contratação que tenham interesse registrário.¹

Já quando tratamos das garantias reais transnacionais, principalmente a hipotecária – que denominamos ameripoteka –, devemos investigar partindo do suposto que o sistema de aquisição dos direitos reais nos demais países é diferente do Brasil, sem que com isso se possa inviabilizar a constituição da garantia real, posto que nos outros membros do Mercosul pelo menos a constituição do gravame hipotecário é dependente do seu registro no álbum imobiliário. A hipoteca transfronteiriça pode vir a ser um importante elemento para a circulação de riquezas no Mercado Comum do Sul.

Nos contratos eletrônicos, onde também vislumbramos a atividade registrária, é imprescindível a conclusão acerca da possibilidade, ou não, da substituição do meio papel como prova das

¹ De igual forma, na atividade notarial, o tabelião aparece como o terceiro redator das cláusulas gerais de contratação. Cláudia LIMA MARQUES aponta que em Portugal deve-se prestigiar a cláusula geral, independentemente de seu redator e que já na Alemanha o notário funciona como um terceiro neutro na relação contratual. Conclui a autora que, no seu entender, a posição portuguesa é a mais acertada. Cfr. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3.ed. São Paulo:1999. Editora Revista dos Tribunais, p. 60.

contratações. E, se esta forma de documentação pode ser acessada ao registro imobiliário. Entendemos, contudo, que sem a existência de uma definição legal, no momento é inviável a demonstração de uma contratação, v.g. compra e venda imobiliária, pelo meio digital.

1. O Registro Imobiliário e as Cláusulas Gerais de Contratação

Ao entrarmos no final do século XX é inegável que a nossa sociedade tenha sofrido profundas modificações. No campo do direito privado os avanços realizados nos leva a uma publicização do mesmo. A avaliação do jurista, como bem aponta Orlando Gomes, vai em sentido contrário à função ideológica das instituições jurídicas, porque estamos impregnados de fatos econômicos e políticos que modificaram nossa sociedade, de eminentemente agrária no início do século, para um agrupamento de caráter industrial nestes últimos anos.

No âmbito do direito civil, ensina o professor baiano, três institutos sofreram transformações inegáveis, de maneira a não mais podermos entendê-los a partir da visualização imposta por codificações inspiradas no Código de Napoleão e no Código Civil Alemão – BGB, ambos editados no século XIX: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil.

O direito de propriedade deixa de ser considerado como uma verdadeira *plena in re potestas*, para ter um novo contorno, mais amoldado às necessidades da vida cotidiana. Não que se possa falar, indiscriminadamente, em função social da propriedade, terminologia que soa até mesmo pejorativa cujo conteúdo econômico destina-se à melhoria e ao progresso social.

A responsabilidade civil sofre, também, grandes transformações. A regra insculpida no art. 159, do CC, consagradora da chamada teoria de culpa, idealizada, principalmente, pelos irmãos Mazeaud, Mazeaud & Mazeaud dá lugar ao surgimento da teoria do risco ou da responsabilidade sem culpa, nos ensinamentos de Saleilles, Josserand e do brasileiro Aguiar Dias.

Falta-nos introduzir as modificações no âmbito do direito contratual. A contratação, segundo os moldes clássicos de ensinamento, funda-se: *na igualdade entre as partes contratantes e na liberdade de contratar*. Daí atinge-se o principal postulado contratual: *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato é lei entre as partes e é intangível. E, portanto, deve ser cumprido. Justamente na relativização deste conceito, de forma a dar maior proteção àqueles que contratam em posição desfavorável, e que caminha o direito contratual. De outro lado, não podemos deixar de considerar a nova tendência de nosso grupo social: o consumismo. Assim, quanto maior o número de consumidores, maior deve ser a proteção estatal.

Este estágio atingido pela sociedade fez com que fosse inserido na Constituição Federal a proteção aos consumidores, como direito imposto e tutelado pelo Estado, a ser corporificado pela edição de um Código de Consumidor.

Em 1990 edita-se o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11/9/1990 –, tendo por inspiração a Res. 39/248 de 09/04/1985, da Assembléia Geral das Nações Unidas, as leis do consumidor espanhola, portuguesa, mexicana e da província de Québec, no Canadá. Na parte específica do direito contratual, principalmente o controle das cláusulas gerais de contratação, sente-se a influência do Dec.- Lei 446 de 25/10/1985, de Portugal e do *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz*, de 09/12/1976, da Alemanha.

A proteção contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor, além de tornar o contrato relativamente intangível, funda-se na boa-fé como princípio basilar das relações de consumo. Tais instrumentos possuem previsão legal nos arts. 6, V e 4, caput e III, respectivamente, da Lei 8.078/90. No art. 46 estabelece-se que as cláusulas gerais de uma contratação só obrigam ao consumidor se este tiver a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo.

Assim, as relações de consumo impõem, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, uma proteção estatal para manter-se o equilíbrio entre as partes contratantes. Esta defesa deve ser realizada por diversos órgãos do Estado.

Parece-nos necessário, então, que se coloque em concordância todo este novo sistema de protecionismo ao consumidor, adotado pela nova legislação com os postulados constitucionais determinantes, que à União Federal compete privativamente legislar sobre os registros públicos (art. 22, XXV) e serem os serviços notariais e de registros exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, caput). Infere-se pois, que a estes particulares também é dado o poder de realizar um controle das cláusulas gerais de contratação, conferindo, assim, ao público usuário destes serviços uma garantia suplementar nos contratos que realizam.

Não que ao registro imobiliário seja dada a tarefa de efetuar um controle de ajustes inerentes ao direito obrigacional, mas dentro do campo dos direitos reais é imperioso o controle das cláusulas gerais de contratação pelos delegados dos serviços registrais.

Pelo princípio de legalidade, o registrador imobiliário – ao examinar os títulos apresentados a registro – somente permite o ingresso daqueles que não contrariem disposições legais. Entendemos ser justamente neste momento, nesta atuação obrigatória, que se pode incluir o controle registral das cláusulas gerais de contratação. E, ao fazê-lo, utilizará duas vertentes: o controle de inclusão e o controle de conteúdo.

1.1 As cláusulas gerais de contratação

Com o aparecimento do novo direito contratual – fundado principalmente na proteção aos consumidores – retomando-se as discussões a respeito de algumas espécies contratuais. Principalmente evidencia-se a diferença entre os contratos de adesão e as *cláusulas gerais de contratação*².

² SALLEILES, Raymond. *De La Déclaration de Volonté (Contribution à l'étude*

1.1.1 Os Contratos de adesão

A expressão contrato de adesão foi estabelecida no início do século por Saleilles, para designar, principalmente, o contrato regulamentado pelo Poder Público em que uma das partes dita sua lei à coletividade, e não a um indivíduo determinado. Contrapõe-se a outra espécie contratual conhecida no direito francês como *contrat de gré à gré*³.

No direito modernos aqueles são os que: "*Se designan com ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los de un determinado tipo que en ejercicio de La empresa se realicen. La característica más importante de esta forma de contratación consiste en que La conclusión del contrato por las partes contratantes. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura e simplemente aceptadas. Si Los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato*"⁴.

Em nosso direito, ORLANDO GOMES⁵ realiza a distinção entre a doutrina clássica dos contratos preestabelecidos unicamente pelo Poder Público – e as cláusulas gerais dos contratos – presentes não só nos contratos elaborados pela Administração, mas, também, na atividade empresarial e industrial, dado ao fenômeno da contratação em massa.

de l' e acte juridique dans de Code Civil Allemand - art. 116 à 144). Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 89, 1929. P. 229 et seg.

³ Os *contrat de gré à gré* são aqueles que: "La doctrine classique n' envisage le contrat que comme l'acord auquel sont parvenues deux traitant à égalité, de gré à gré. Mais, dans La pratique, cetté égalite cetté possibilité de libre discussion se rencontret rarement". Cf. MAZEAUD, Henry, Leon et Jean. *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 8.ed, por François Chabas, Paris: Montchrestien, 1993. v. 1, t. 2, p. 77.

⁴ DIEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 4, Ed. Madri: Civitas, 1993, p. 323.

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 118 e seg.

A pacificação da controvérsia doutrinária ocorre com a edição do Código de Defesa do Consumidor, ao contemplar o contrato de adesão tanto na forma prescrita pela clássica doutrina francesa como no hodierno conceito:

"Art. 54 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Da conceituação formal deve-se distinguir dois institutos jurídicos: os contratos de adesão e as cláusulas gerais de contratação (impropriamente chamadas de condições gerais de contratação).

1.2 As cláusulas gerais de contratação

As cláusulas gerais de contratação são estabelecidas em contratos realizados em massa, inerentes ao próprio fenômeno do consumo, onde uma das partes impõe à outra determinados ajustes, já preestabelecidos e, portanto, imutáveis.

As cláusulas gerais de contratação – terminologia mais apropriada das condições gerais de contratação ou condições gerais dos contratos – têm sua nova conceituação no direito alemão, no direito espanhol e no direito português.

Na Alemanha, a doutrina conceitua condição como todas as estipulações convencionadas pelas partes⁶. Ou seja, o próprio sinônimo de cláusula. Tal denominação foi dada para as Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 09/12/1976).

⁶ ENNECERUS, Ludwig e NIPERDEY, Hans Carl. *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus*, Kipp y Wolff. 3. ed. Trad. Espanhola por Pérez Gonzales y Alguer, Barcelona: Bosch, 1981, v. 2, t. 1, 2ª parte, § 194, p. 656.

Na Espanha, o art. 10, 2, da Lei de 19.07.1984, define as cláusulas de caráter geral, inseridas nos contratos de adesão, tomando como sinônimos condições e estipulações⁷.

Já em Portugal, o Dec.-lei 446/85 de 25/10/1985, destina-se a regulamentar as chamadas cláusulas contratuais gerais, que são aquelas elaboradas antes do contrato em que são insertas e que seus destinatários limitam-se a subscrever ou aceitar⁸.

No direito brasileiro, segundo NERY JÚNIOR⁹ as cláusulas gerais de contratação são: "o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviço, etc.) disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais e de prestação de serviços desses fornecedores. Têm como destinatário principal o funcionário da empresa ou do órgão público, muito embora possam dela ter conhecimento aqueles que têm relações com o fornecedor estipulante, em virtude do maior ou menor grau de publicidade que se possa dar a estas condições gerais de contratação. Odesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, e, portanto, não se configuram ainda como contrato. As cláusulas gerais de

⁷ Art. 10,2 - "A Los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por unas Empresa, o grupo de Empresas para aplicarlas a todos Los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Las dudas en La interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que áquellas sean más beneficiosas que éstas". Por todos, veja-se LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. 6. ed. Por Jesus Delgado Echeverria, Barcelona: Bosch, 1992, p. 319 e seg.

⁸ Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações en geral*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1991, v. I, p. 266-267.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. "Da proteção contratual". In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores de anteprojeto*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 292.

contratação tornar-se-ão contrato de adesão, dinâmicas, portanto, se e quando forem aceitas pelo aderente."

O Código de Defesa do Consumidor adotou a nomenclatura de cláusulas gerais de contratação, por maior rigor técnico, para designar todas as condições gerais dos contratos, posto que o termo condição, no direito civil, possui o significado próprio e específico para designar o elemento acidental do negócio jurídico que subordina sua eficácia a acontecimento futuro e incerto, consoante está expresso no art. 114, do CC¹⁰.

2. O controle das cláusulas gerais de contratação

A partir do controle das cláusulas gerais de contratação, fica estabelecida uma das formas mais importantes da chamada tutela contratual para garantir a defesa dos consumidores.

Tal controle, exercido pelo Estado, pode ocorrer das duas formas: pela atividade administrativa ou pela via judicial.

Em nosso estudo interessa-nos somente o controle promovido pela administração estatal nas atividades realizadas e fiscalizadas pelo Poder Público.

Este fiscalizar deve ser exercido sempre que for possível ao Estado – através de seus órgãos, ou através de seus delegados ou concessionários –, interferir na contratação, de modo a sugerir modificações ou a eliminação de cláusulas contratuais gerais, quando consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor ou contrárias às normas editadas pelas autoridades competentes.

Um dos direitos fundamentais dos consumidores é o de proteção, pelo Estado, de cláusulas impostas ou abusivas no fornecimento de produtos ou de serviços. Para tanto, o art. 51 do CDC elaborou uma relação, que constitui *numerus apertus* e não *numerus clausus*, das cláusulas consideradas abusivas. A estas podem ser acrescentadas outras, desde que editadas em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

¹⁰ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 293-294.

A proteção do consumidor contra cláusulas abusivas é de suma importância, face à multiplicação de contratos de adesão, baseados em cláusulas gerais de contratos.

Temos, portanto, duas premissas a investigar: a) a primeira, originária do controle que deve realizar o Estado das cláusulas gerais de contratação, sem dúvida nenhuma pode e deve ser exercida na atividade registral; b) a segunda, concerne ao universo de cláusulas suscetíveis de controle. Não são apenas aquelas elencadas no art. 51 do CDC. Mas, também, todas aquelas em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, onde podemos inserir as pactuações, de direito real, integrantes dos contratos levados a registro nos Escritórios Imobiliários.

3. O controle registral das cláusulas gerais de contratação

O controle registral das cláusulas gerais de contratação tem apoio em dois pilares constitucionais básicos: de um lado, a tarefa do Estado em desenvolver a defesa do consumidor por força de mandato constitucional, previsto no art. 5º, XXXII, da CF e, de outro, a norma inscrita na mesma Carta Política, em seu art. 22, XXV, quando prevê a competência privativa da União Federal para legislar sobre os Registros Públicos.

Não podemos deixar de mencionar, também, que os serviços registrares são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, segundo o já consagrado art. 236 da CF.

Assim sendo, como as normas do sistema de defesa do consumidor são de direito constitucional impositivo e como a legislação registral é emanada da União Federal, há sempre que existir a adequação e aplicação das leis de consumo à atividade registral cotidiana. Não existe descompasso entre a legislação vigente aplicável à atuação registrária e à normativa destinada ao controle de cláusulas gerais de contratação. Muito pelo contrário, existe, sim, uma harmonia e interação entre ambas as normas.

Importa saber, portanto, em que termos deve ser efetuado o controle registral das cláusulas gerais de contratação e quais são as cláusulas que devem sofrer este controle.

3.1 O princípio da legalidade

Um dos principais princípios informadores da atividade registral é o chamado princípio da legalidade.

Este princípio, segundo ROCA SASTRE: "*es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la propiedad sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos*"¹¹.

O exame ou calificación de um título levado a registro é uma atuação obrigatória, personalíssima e de personalidade única do registrador, a consistir no exame, censura ou comprovação da legalidade dos títulos a ele apresentados antes de proceder o seu registro, realizando-os, se procedentes, ou negando seu acesso quando não estejam em conformidade com o direito¹².

Se a atividade do registrador é efetuada de forma a comprovar a legalidade dos títulos levados a registro, não se pode negar que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, passou a existir uma ampliação desta tarefa no que diz respeito aos contratos de adesão.

Podemos citar, exemplificando, o direito comunitário europeu, que a partir da vigência da Diretiva 93/13/CEE, de 05/04/1993, passou a admitir que os exames dos títulos levados a registro sejam realizados de acordo com a as leis de defesa dos consumidores, quando os argumentos legais sejam coincidentes com outros emanados das leis civis¹³.

¹¹ ROCA SASTRE, Ramón Maria e ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. 7. Ed. Barcelona: Bosch, 1977. t. 2, p.255.

¹² ACRUZ BERDEJO, José Luis e SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. "Derecho Inmobiliario Registral", in *Elementos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1984, t. 3, bis p. 305. ROCA SASTRE, op. cit, p. 255-256.

¹³ Cf. DÍAZ FRAILE, Juan Maria. *La protección registral al consumidor y La directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993*. Revista Crítica de Derecho Imobiliário, Madrid, n. 622, maio/jun, 1994, p. 1027.

Resta-nos saber quais as cláusulas que devem sofrer um controle registral, no momento em que é realizado o exame do título apresentado a registro.

É evidente que o controle das cláusulas gerais de contratação, no sentido amplo, abarca vários pactos inseridos nos contratos. Estão presentes não só estipulações de direitos obrigacionais. Mas, a atividade do registrador, no sentido de controlar as cláusulas, deve-se cingir àquelas que digam respeito a direitos reais ou que venham a produzir efeitos reais¹⁴.

Merecem destaque duas formas de estipulações, praticadas com frequência nos últimos anos, a sofrer um perfeito controle por parte do registrador: os compromissos de compra e venda, comportando, muitas vezes, a cláusula de perda total do preço pago por parte do compromissário comprador quando da extinção do contrato por lesão; e as convenções de condomínio, que, muitas vezes, são outorgadas pelo promotor do empreendimento, contendo verdadeiras disposições abusivas, ferindo o direito de propriedade dos adquirentes das unidades imobiliárias.

Por regra geral, deve o registrador promover o controle das cláusulas gerais de contratação sempre tendo como fundamento o sistema de proteção ao consumidor – hoje, materializado pelo Código de Defesa do Consumidor –, em conjunto com as leis civis vigentes. Negando o acesso ao registro daquelas cláusulas que são abusivas ou, quando menos, sugerindo a sua modificação, desde que digam respeito a direito real, ônus real ou obrigação real.

O exame dos documentos que desejam almejar registro deve respeitar não apenas à sua regularidade externa e formal, mas, ainda, à validade intrínseca dos atos titulados¹⁵.

¹⁴ Sobre o tema, remetemos o leitor a HENRIQUE MESQUITA, Manuel. *Obrigações Reais e Ônus Reais, Coleção Teses*. Coimbra; Almedina, 1990. Em especial a Seção II, § 3º, p. 231 e seg.

¹⁵ MOUTEIRA GUERREIRO, J.A. *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*. Coimbra: Coimbra, Editora, 1993, p. 84 e seg.

O controle registral das cláusulas gerais de contratação pode ser dividido em duas fases ou atuações distintas: o controle de inclusão e o controle de conteúdo¹⁶.

3.2 O controle de inclusão e o controle de conteúdo.

O chamado controle de inclusão é a verificação dos aspectos formais do instrumento, para que o mesmo possa ser perfeitamente entendido pela parte aderente ao contrato.

Os contratos de adesão, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, devem ser redigidos de forma clara, precisa, sem remissões e em letras legíveis, de forma a possibilitar o fácil entendimentos de seu conteúdo.

Em caso de obscuridade, a interpretação deve ser efetuada contra o proponente do contrato e em favor do consumidor (CDC, arts. 47 e 54, § 3º).

Com a possibilidade de acesso aos serviços registraes de instrumentos particulares (v.g., compromisso de compra e venda, instituições de condomínio, convenções de condomínio, memoriais de incorporação), deve o registrador efetuar o controle formal dos contratos de adesão.

Já o controle de conteúdo é, sem dúvida alguma, mais importante para a atividade registral. Este controle visa a estabelecer a abusividade de certas disposições contratuais, com base na ausência de boa-fé e na possibilidade do desequilíbrio desproporcionado entre as contraprestações.

Como dito anteriormente, a enumeração apresentada no art. 51 do CDC não é uma relação fechada, mas meramente exemplificativa, constituindo *numerus apertus*.

Do próprio elenco do art. 51 podemos, para ilustrar, enunciar as seguintes cláusulas que devem sofrer controle de conteúdo por parte do registrador: a) As cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam contrárias à boa-fé

¹⁶ DIAZ FRAILE, op. cit., p. 1033 e seg.

ou à equidade (art. 51, IV); b) As cláusulas que possibilitem ao fornecedor, direta ou indiretamente, a variação do preço de maneira unilateral (art.51, X); c) As cláusulas que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após a sua celebração Art. 51, XIII).

Facilmente encontramos estas cláusulas em compromissos de compra e venda, memoriais de incorporação, convenções de condomínio, instituições de condomínio, dentre outros.

Tratando-se de uma enumeração aberta, podemos inserir, desde logo, outras cláusulas sujeitas ao controle do registrador, em contratos de adesão. São as inerentes à especialização dos direitos reais de garantia, mais especificamente os requisitos do art. 761 do CC.

O art. 761 prescreve que os contratos constitutivos de direitos reais de garantia devem declarar sob pena de não valerem frente a terceiros: o total da dívida ou sua estimação; o prazo para o pagamento; a taxa de juro porventura pactuada e a coisa dada em garantia com as suas especificações.

Muito embora haja a previsão legal de mera declaração, é importante que o registrador, no momento do exame do título, veja alguns aspectos da especialização dos direitos reais, tais como: se o valor da dívida está expresso em moeda nacional; se o objeto da garantia está perfeitamente individualizado, em conjunto com seus acessórios, de modo a diferenciá-lo de seus congêneres; se o prazo fixado para a garantia é aquele previsto na legislação (v.g., o prazo máximo de 30 anos para a hipoteca).

O controle registral das cláusulas gerais de contratação, insertas nos contratos de adesão, não deve ser recebido pelo registrador como um ônus a mais que o Estado deposita em suas atividades. Porque, como bem acentuado por Mouteira Guerreiro: "o registro não é nem será um simples arquivo de documentos"¹⁷.

¹⁷ MOUTEIRA GUERREIRO, op. cit., p. 85.

civil A importância da função registral, realçada não só pelo preceito constitucional instituído pelo art. 236, da CF, mas também reafirmado e delineado pela Lei 8.935/94, impõe a esta categoria de delegados, uma atitude profissional e de extrema responsabilidade.

2. A Hipoteca Transnacional - Ameripoteca

Partindo da possibilidade multifacetária que nos permite o tratado de Assunção, da simples leitura de seu artigo primeiro, o qual estabelece, entre outras coisas, que: "Este Mercado Comum implica a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre países", podemos visualizar um amplo espectro de atuações relacionadas com o direito nacional.

Assim, no âmbito do direito civil, encontramos uma gama de temas relacionados ao Mercosul. Sem dúvida alguma, o mais importante é o sistema de proteção ao consumidor, cujas relações se alterarão em face da dinâmica que impõe o direito comunitário. Mas é na livre circulação de bens e do capital – situada em um estágio anterior às relações de consumo, posto que esta é dependente daqueles – que vislumbramos a habitação como uma importante necessidade social, dependente para um desenvolvimento adequado, de tratamento específico, estando este representado em toda a sua potencialidade nos direitos reais de garantia, como é o caso da garantia hipotecária.

A especial necessidade da circulação do crédito hipotecário, de forma a baratear a construção da casa própria, permitindo o acesso daquela parcela da população menos favorecida, faz com que, dentro das perspectivas do Mercosul, possa-se imaginar uma garantia real, a exemplo da hipoteca, como o autêntico *crédito hipotecário transfronteiriço* a que se referem Stöcker e Casero Mejías¹⁸, levando o pensamento do estudioso do direito à tentativa de concepção de uma Ameripoteca.

¹⁸ STÖCKER, Otmar M. *Die Eurohypotheke*. Revista Crítica de Derecho

Sem embargo deste ideal, que nos conduziria a uma livre circulação do crédito hipotecário¹⁹, devem ser analisados alguns pontos relevantes, de sorte a que se harmonize os diferentes sistemas jurídicos dos países integrantes do Mercosul, pedra angular de toda discussão que possa ser encetada a respeito do tema.

Portanto, para que a possibilidade de uma livre circulação de capitais – representada pela livre circulação do crédito hipotecário e já denominada de circulação de capital real – efetive-se, é imprescindível a harmonização e a perfeita interação dos princípios de direitos reais entre os países que compõem o Mercosul, tarefa nem sempre fácil, haja vista as diferenças dos ordenamentos jurídicos entre estes mesmos países-membros.

Tomando como singelo exemplo a comparação, em sentido amplo, dos sistemas de aquisição de propriedade, esta diferença acentua-se. Se Argentina, Paraguai e Uruguai seguem o sistema de aquisição francês, no qual o simples título é o bastante para aquisição de propriedade imobiliária, o Brasil, na senda do Direito alemão, mas abrandando-lhe os efeitos, como ensina Clóvis Beviláqua – tem-se a aquisição imobiliária com o registro da propriedade.

Desta forma, enquanto no direito brasileiro todas as mutações jurídico-reais imobiliárias só se operam com o registro, nos demais países integrantes do Mercosul somente a constituição da hipoteca é dependente desta formalidade.

À parte desta grande diferença entre os ordenamentos jurídicos dos países integrantes do Mercosul, ao chegarmos a uma microcomparação, visualizamos vários obstáculos que devem ser transpostos, no sentido da harmonização dos direitos para que, no futuro, possamos implantar a Ameripoteka.

Inmobiliário 620/91-182. Madrid, 1994. Berlim: Dunker & Humblot. Tradução espanhola simplificada por Manuel Casero Mejías.

¹⁹ Sobre a circulação do crédito hipotecário no direito brasileiro, o nosso *A Circulação do Crédito hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação*. Revista de Direito Imobiliário 43/45-60, São Paulo, 1998.

Assim, de uma forma simples e sem pretensões conclusivas, a colocar em discussão a possibilidade de implantação da hipoteca transfronteiriça ao Ameripoteka, analisando alguns dos pontos que devem ser ajustados entre os membros do Mercosul, para que haja, no futuro, uma livre circulação de capitais reais.

Somente assim poderemos chegar a uma das principais metas do Mercado Comum que é a eliminação de barreiras entre os países-membros, que dificultam o livre tráfego de pessoas, bens, serviços e capitais. Mas, não podemos olvidar que somente será possível esta facilitação se, ao mesmo tempo, tivermos o aumento da segurança jurídica.

2.1 A colocação do tema

Muito embora, como já foi mencionado anteriormente, a aquisição de propriedade imobiliária seja distinta entre o Brasil, de um lado, e a Argentina, Paraguai e Uruguai, de outro, tratando-se de hipoteca a diferença desaparece, uma vez que a sua constituição, mesmo naqueles países que adotam o sistema da inscrição declaratória de direitos reais, tem uma inscrição constitutiva: "*Si bien el codificador en la nota final al Título de la hipoteca se manifestó contrario a implantar el registro como sistema general de publicidad de los derechos reales, en cambio, lo admitió para la hipoteca. Esto se explica porque Vélez Sársfield juzgaba que la tradición era una publicidad suficiente de la transmisión de los derechos reales, pero la tradición no se opera en La hipoteca, que si registra, permanece como un acto oculto entre o propietario y el acreedor. Si se quería proteger a los terceros contra eventuales maniobras del propietario, era inevitable crear el registro de hipotecas y, efectivamente, así lo hizo Vélez Sársfield en los arts. 3.134 y siguientes*".²⁰

²⁰ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, 3.ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1984, Tomo II, p. 266-267.

Estaria, desta forma, superada a principal dificuldade para uma harmonização entre os sistemas jurídicos, sendo certo que, em qualquer país onde o imóvel se encontre, a hipoteca deve ser registrada, sob pena de não valer frente a terceiros.

Se, genernte, a principal diferença dos ordenamentos jurídicos supranacionais, no que diz respeito à hipoteca, está resolvida, o mesmo não se pode dizer das diferenças particulares, que neste atual estágio legislativo do Mercosul separam os países-membros.

Importa saber, por um lado, se é necessária a existência de um direito real de uma hipoteca transnacional e uniforme para todos os países integrantes do Mercosul, que levaria consigo características de direito internacional privado. Por outro, se a Ameripoteka – como direito real assentado em bases de direito internacional e único em todos os países membros – é compatível com o ordenamento jurídico de cada um destes, podendo ter espaço para o seu desenvolvimento independentemente dos demais direitos reais.

2.2 A Ameripoteka como direito real uniforme em todos os países integrantes do Mercosul

Dúvida não resta que entre países signatários do Tratado de Assunção existem diversas diferenças, no que diz respeito ao ordenamento jurídico. Assim também no direito das coisas, em que aspectos ensejadores da constituição válida do direito real são diversos, o que não permite um tratamento uniforme para uma hipoteca transfronteiriça.

Para demonstrar a diferença existente entre os ordenamentos jurídicos dos países que integram o Mercosul, basta tomar como exemplo o elenco de exigências que nos coloca o Código Civil brasileiro, em seu artigo 761, ao tratar da especialização da hipoteca, e compará-lo à normativa argentina, descrita nos arts. 3.131 e 3.1321 do Código de Vélez Sarsfield. Os requisitos são totalmente antagônicos.

Ainda a título de ilustração, por ser a hipoteca, no direito argentino, constitutiva de direitos reais, é ela dependente de requisitos específicos inerentes a sua constituição por escritura pública previstos nos arts. 997 e 3.131 do CC argentino. Enquanto que, no direito brasileiro, a forma solene e substancial dos negócios jurídicos encontra-se no art. 134 e seus parágrafos do CC, que deve ser complementada com a normativa do art. 761 do mesmo diploma legal.

As formalidades para a constituição válida de uma hipoteca são diferentes em cada um dos Estados integrantes do Mercado Comum. Portanto, torna-se extremamente dificultoso ao homem comum saber que direito é aplicável para o seu caso concreto.

Os que possuem um pensamento mais simplista poderiam dizer que o direito a ser utilizado é o daquele país onde se situa o imóvel, partindo de uma analogia com o art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Impende salientar que, em todos os países integrantes do Mercosul, a hipoteca é um direito profundamente acessório, o que nos levaria à consideração diametralmente oposta ao referido anteriormente, se considerarmos o país onde deva ser cumprida a obrigação principal – o contrato de mútuo, por exemplo – do qual é a hipoteca acessória.

Ainda mais se imaginarmos, que, até o presente momento, os países integrantes do Mercado Comum do Sul não estão dotados de uma Corte Comunitária destinada à solução de controvérsias relativas a este novo direito que surge.

Assim sendo, para que seja possível a adequação da Ameripototeca em todos os países integrantes do Mercosul, deve-se pensar em uma hipoteca transnacional ou transfronteiriça – como querem os europeus. Esta hipoteca, com definição e caracterização jurídica próprias e muitas vezes afastada da hipoteca que poderíamos chamar de convencional ou comum de cada um

dos Estados-membros, seria aplicável sempre que as relações de crédito ou de garantia afetassem a pelo menos dois destes Estados.

Isto porque é extremamente difícil a adaptação, no ordenamento jurídico de cada país – em um único momento no tempo –, das normas jurídicas vigentes, de maneira a recepcionar esta nova modalidade de garantia real, além de dificultar o tráfego jurídico dos direitos reais já constituídos, cujos efeitos já se estão produzindo, no âmbito do direito nacional.

O novo direito real deve ser um direito comunitário novo e unitário, afastado da harmonização legislativa, até mesmo porque, de certa maneira, esta seria dependente da existência de uma Corte supraconstitucional, até então inexistente no âmbito do Mercosul, e de uma profunda modificação no direito material de cada um dos países, o que não é aconselhável.

É fundamental que a Ameripoteka nasça sem o caráter de acessoriedade inerente às hipotecas tradicionais dos países do Mercosul de forma que o crédito que a mesma encerra possa trafegar livremente, de forma flexível, atingindo as modernas necessidades da economia de escala.

3. A regulamentação da Ameripoteka

Partindo do pressuposto de que a Ameripoteka deve ser um direito real novo e distinto de todos aqueles até então existentes, mesmo de outras formas de hipoteca, sua regulamentação deve ser específica.

Para tanto, pode-se afastar a normativa vigente e introduzir conceitos novos e até mesmo tomar em consideração alguns princípios jurídicos de direitos reais dos países-membros, dada a especial necessidade desta forma de garantia, que visa, basicamente, à defesa dos consumidores e à maior facilidade do tráfego hipotecário entre os participantes da relação jurídica, na maioria das vezes oriundos de diversos países.

Stöcker elenca vários aspectos problemáticos para a efetivação de uma hipoteca transfronteiriça na Comunidade Eco-

nômica Européia. Realizaremos, a partir de algumas das indagações já realizadas, a análise das mesmas no Mercosul.

Esta nova forma de hipoteca deve unir-se à aquelas tradicionalmente adotadas nos Estados-membros do Mercosul, legal, judicial, de máximo, dentre outras.

A introdução da Ameripoteka como um direito real não acessório viria facilitar sobremaneira o tráfego jurídico, dotando a mesma de uma flexibilidade normalmente não encontra nos demais direitos reais de garantia.

Dadas suas características peculiares – dentre as quais a necessidade de uma maior mobilização do crédito hipotecário que a mesma encerra –, devem ser estudadas novas maneiras de cessão do crédito relativo à hipoteca.

Se por um lado, o nascimento da Ameripoteka deve ser dependente do registro no ofício ou oficina imobiliária da localização do imóvel, no caso de sua transferência, até por medida de mobilidade e economia com deslocamentos internacionais, deve ser feita à luz do título. Algo como o endosso de um título para o cessionário, havendo, com isso, o título e o modo.

O âmbito de aplicação da Ameripoteka, em face de suas próprias finalidades, deve ser restringido. É certo que a mesma, de uma parte, permitirá o maior acesso à casa própria pelos integrantes das classes sociais menos favorecidas, uma vez que a captação de recurso poderá ser efetivada em um país com taxas de juros mais convidativas.

Afora isso, também, em face da complexidade das operações a serem entabuladas entre dois ou mais países do Mercosul, deve-se limitar a vinculação da Ameripoteka e concessões de crédito originárias de uma instituição financeira ou de crédito. Até mesmo porque as formas convencionais da hipoteca podem perfeitamente preencher a lacuna eventualmente deixada pela limitação do campo de atuação daquela. Com isso, também, atinge-se uma perfeita harmonização com o sistema de proteção ao consumidor.

Para a sua constituição, é necessário um intercâmbio entre os ofícios ou oficinas de registro imobiliário dos diversos países. Assim, é fator decisivo, antes da criação da Ameripoteka, a existência de uma perfeita sintonia entre os mesmos. Portanto, é imperativo, desde logo, a superação das diferenças registrárias existentes entre os sistemas jurídicos dos países membros, impondo a aproximação dos demais países àquele cujo sistema imobiliário registral esteja mais avançado.

Quando da extinção da Ameripoteka, além da autorização para o cancelamento da mesma, é necessário que a averbação no registro imobiliário seja realizada à luz, também, do título constitutivo da hipoteca, em face da circulação do mesmo na cessão do crédito que ele representa.

3. Os Contratos Eletrônicos

Ao final do século XX estamos assistindo a uma grande transformação na sociedade mundial, sobretudo em função do fenômeno da globalização e conseqüentemente dos meios de transmissão de dados. É significativo o avanço constatado na rede – chamada, desde seus primeiros dias, de *internet* – e a infinidade de relações jurídicas e não jurídicas, que passaram a existir a partir da expansão e da massificação da utilização da mesma. Tudo isto é devido à transformação da tecnologia, que a cada dia passa a ocupar um papel mais importante na vida das pessoas, facilitando a transmissão de um maior volume de informações e de dados, para assim minorar as distâncias geográficas. Sem dúvida alguma, estamos trilhando o caminho descrito por Bill Gates como *the road ahead*.

Se todas as transformações na sociedade nos vem proporcionando uma nova forma de comportamento, ao analisarmos estas relações do ponto de vista jurídico, podemos notar com certa facilidade que é necessário o avanço jurídico em decorrência das mudanças do cotidiano. Entretanto, é imprescindível entender, por outro lado, que nos países que têm seu ordenamento jurí-

dico baseado no sistema conhecido como romano-germânico, as transformações sociais estão sempre à frente das jurídicas, sendo que estas buscam, de uma forma ou de outra, preencher os vazios deixados na sociedade.

Fazendo uma análise a partir do ponto de vista do direito privado, desde logo chama a atenção dos novos conceitos ou das novas formas de negociação que a cada dia cobra mais uma importância fundamental para as relações jurídicas, que vêm surgindo a partir do desenvolvimento da *internet: a documentação eletrônica e a assinatura digital*.

Creemos que estas novas modalidades de implementação dos negócios jurídicos são bastante diferentes, sem deixarem, contudo, de possuírem um fio condutor comum. Consideramos que, em um primeiro momento, e é o que trataremos de expor, é imprescindível a análise da documentação eletrônica sobretudo como meio de prova dos atos jurídicos praticados a partir da contratação ou do ajuste obrigacional feito por meio da *rede*. E como uma derivação destas relações jurídicas, uma vez que é imprescindível para o fechamento dos atos jurídicos, em geral encontramos a assinatura digital. Sobre esta, hoje em dia muito se discute e se pergunta sobre as identidades das pessoas responsáveis pela produção dos documentos eletrônicos, fazendo que se comece a tratar esta nova forma de certificação, dentro dos critérios da criptografia, até o ponto de se conceber uma nova atividade profissional já conhecida como *cibernetary*.

Sem embargo, neste trabalho simplesmente faremos considerações sobre o documento eletrônico e a prova dos atos jurídicos proveniente dele, como forma de concluir sobre a necessidade, ou não, da preservação dos arquivos de papel tecnicamente denominados de *meio papel*, (*output* no papel) em contraposição ao meio eletrônico.

Para tanto, é imprescindível buscar a definição de documento eletrônico, conseguida por meio da terminologia comum ou laica, destinada à integração desta nova forma documental

com a nova tecnologia de comunicação entre as organizações, que já é conhecida como *EDI – Electronic Data Interchange*, que vem a ser muito mais do que uma simples tecnologia, mas sim uma *nova forma de estar em uma nova dimensão de mercado*.²¹ E, por fim, a investigação da possibilidade de prova por meio de documento eletrônico no Brasil, a partir do marco contido no artigo 136 do Código Civil Brasileiro.

3.1 O Conceito do Documento Eletrônico

É muito comum para o jurista tentar definir um novo instituto jurídico a partir do que ele encontra nos dicionários. E, neste momento, não agiremos diferente. Tomamos as definições no Brasil e na Espanha:

"Qualquer base de conhecimento, fixada materialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo, prova".²²

"2. *Diploma, carta, relación en otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.* 3. *Cualquier outra cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo.*"²³

É simples notar que o documento é muito mais que uma base material capaz de suportar uma série de informações, possuindo caráter indispensável de ser uma fonte de informações fiéis sobre um determinado fenômeno.

Disto se conclui que, à semelhança do documento por meio de papel, o documento eletrônico tem, também, que ser um meio dotado de uma dose acreditável de informações, segurança e com credibilidade de dados que possam servir de meio de prova. Porém, não só em juízo, com muito mais importância para certificar

²¹ ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário. *Direito no Ciberespaço*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1996, p. 37.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1975, verbete Documento.

²³ *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Madrid, 1947, verbete Documento.

a autenticidade e a extensão do negócio jurídico desenvolvido pelas partes por meio da *internet*.

DARÍO BERGEL faz a definição de documento eletrônico como sendo a: "Representação em forma eletrônica de jeito juridicamente relevante suscetível de ser recuperado em forma humanamente compreensível".²⁴

Desta definição é possível a caracterização do documento eletrônico de dois modos: em sentido amplo e também em sentido estrito.

Em sentido amplo, o documento eletrônico é aquele que possui características particulares, através de registros alfa-numéricos, que permitem ao homem lê-los sem necessidade de intervenção de mecanismos de tradução. Já em sentido estrito, segundo Giannantonio, o documento eletrônico "é aquele que pode ser memorizado de forma digital e contido na memória central do elaborador ou nas memórias de massa (suportes, em geral magnéticos, externos ao elaborador)".²⁵

Assim, o documento eletrônico em sentido estrito não pode ser lido pelo homem sem auxílio de um mecanismo de tradução, de maneira que as senhas digitais possam ser transformadas em meios de leitura apropriada às pessoas. Desta forma, desde então, surge a indagação sobre a validade da prova, ademais da segurança jurídica que pode ser conseguida a partir da documentação eletrônica.

Há de se conceber o documento eletrônico não somente como a escrituração, mas como a possibilidade, por meio de outros meios ou sinais gráficos, necessária à materialidade do suporte do mesmo. Assim Raimondo Zagari entende que *il supporto deve essere indelebile*.²⁶

²⁴ DARÍO BERGEL, Salvador. "El Documento Electrónico y la Teoría de la Prueba", in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 13, p.142.

²⁵ GIANNANTONIO, Ettore. "Valor Jurídico del Documento Electrónico", in *Informática y Derecho*, vol. I, p. 93.

²⁶ ZAGARI, Raimondo. "Firme Digitali, Crittografia e Valità del Documento

Por outro lado, não podemos esquecer que o documento eletrônico, concebido como um suporte de informação, pode ser efetuado a partir do intercâmbio de mensagens de uma determinada estrutura com integração de procedimentos e normas, a partir da utilização da informática, como por exemplo o *EDI – Electronic Data Interchange*. Isto é derivado da utilização massificada da *rede* e da necessidade do funcionamento das empresas ou pessoas que desejem se obrigar em um negócio jurídico sempre em tempo real, sem prejuízo da distância geográfica entre as mesmas.

É imprescindível, para a adequada caracterização do documento eletrônico como um meio juridicamente aceitável de prova, a comparação dele com os demais meios existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não nos interessa no presente informe a análise partindo da prova judicial, já que esta, desde que oriunda de uma documentação, é consequência lógica do inadimplemento obrigacional. Buscamos como marco caracterizador a prova do próprio negócio jurídico, que é um estágio anterior ao da prova judicial e que atende aos conceitos de normalidade e cumprimento obrigacional ou contratual, uma vez que as partes contratantes ao firmarem o negócio, presumidamente o fazem de boa-fé. De modo que não se pode pretender que os obrigados já façam uma previsão de inadimplemento, base da necessidade da prova em juízo.

Muito mais importante, desde nosso ponto de vista, é a caracterização da prova do próprio ato jurídico – considerado em si mesmo –, para que seja possível que os terceiros, a quem se dirigem os obrigados da relação jurídica, serem conhecedores do negócio concretizado pelas partes. Além disto, a visibilidade em outra forma de conhecimento que não seja da documentação eletrônica é suporte imprescindível para a segurança jurídica, sobretudo a da propriedade imóvel.

Elektronico", in *Il Diritto dell' informazione e dell' Informatica*, 1996, fasc.1 151/172. <http://www.notariato.it>.

3.2 O Documento Eletrônico como Prova do Negócio Jurídico.

Os negócios jurídicos muitas vezes são feitos que necessitam de ser provados, sem importar a maneira de sua transmissão com os terceiros com os quais as partes da relação obrigacional venham a se relacionar. Mesmo assim, a previsão legal contida no Código Civil Brasileiro, sobretudo no art. 136, atua de forma subsidiária, para aqueles casos em que as partes interessadas não haviam chegado a um acordo sobre a documentação – esta em sentido amplo – que foi apresentada.

Segundo Amaral, a prova "*é a demonstração de um feito jurídico. Não se provam direitos, mas sim os feitos que lhes dão origem*"²⁷. E conclui que ao direito civil importa somente a indicação dos meios de provas admissíveis, enquanto que o direito processual compete a técnica de sua apresentação e apreciação pelo juiz.

Logo, o que importa, a partir do ponto de vista do direito privado, é saber se o documento eletrônico é um meio de prova admissível – sobretudo no direito brasileiro –, ou se seu reconhecimento é dependente da edição de uma lei específica, destinada à admissão do novo meio de prova não existente no ordenamento jurídico.

A relação contida no artigo 136 do Código Civil Brasileiro²⁸ é exaustiva, e o ingresso de outro meio de prova necessita de previsão legal. Sem embargo desta consideração, é necessária a análise mais profunda a respeito da forma documental de prova, contida no inciso III, do mesmo artigo, que faz a previsão dos

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*, 2ª ed. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 391.

²⁸ Art. 136. "Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante: I - Confissão. II - Atos processados em juízo. III - Documentos públicos ou particulares. IV - Testemunhas. V - Presunção. VI - Exames e vistorias. VII- Arbitramento."

documentos escritos, públicos ou privados como meio de prova.

Os documentos a que se refere o artigo 136, III, segundo a doutrina brasileira são papéis escritos, que se destinam a produzir efeitos jurídicos. Estes podem ser públicos ou privados, sempre dependentes da vontade das partes contratantes ou obrigados no negócio jurídico. Assim, é importante conhecer a posição de Pontes de Miranda sobre a materialização dos documentos a que se refere este artigo:

"Em terceiro lugar, põe o art. 136, entre os meios de prova, os documentos públicos ou particulares (art. 136, III). Os *instrumenta* ou *documenta* hão de ser escritos, de modo que não cabem no art. 136, III, os *monumenta*, que são os elementos de prova em que o pensamento se exprime por sinais que não são os da escrita. Os discos, por exemplo, ainda que captem, melhor do que a escrita, a voz humana, elemento do suporte fático do negócio jurídico, (ainda) não foram colocados pela lei entre os meios de prova: teriam de ser, se os há *in casu*, objeto de exame e vistoria (meio de prova especial)."²⁹

Resta claro e indubitável que os documentos a que se refere o art. 136, III, do Código Civil são documentos escritos, razão pela qual a admissão de outras formas documentais é dependente de uma lei que previamente defina sua força probante. É o que ocorre, conseqüentemente, com o documento eletrônico. Sendo ele uma nova modalidade de representação de um negócio, diverso do chamado *meio papel*, é imprescindível sua definição legal para se constituir uma forma a mais da prova destes atos.

Se assim não fosse, o Congresso Nacional não estaria, nestes dias, discutindo projetos de lei sobre o arquivamento da

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 3, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 417.

documentação eletrônica e sua prova, seja em juízo, seja perante a terceiros.

Dúvida não resta que até tenhamos a aprovação pela Corte brasileira, todavia não é possível que um documento eletrônico possa ser utilizado como meio de prova, seja dos atos jurídicos frente a terceiros, seja em juízo.

Desta forma, mesmo que a negociação seja realizada por meio da *rede*, utilizando-se, por exemplo da tecnologia de EDI, não se pode deixar de considerar o documento obtido por *meio papel* como o único que tenha valor jurídico. Além disto, até agora, o documento por meio de papel é mais uma forma destinada à confiabilidade da produção dos documentos.